Unterhaltspflicht und Personensorgerecht der Eltern gegenüber ihren gemeinschaftlichen Kindern, unter besonderer Berücksichtigung der Frage, welches Gericht zur Entscheidung etwaiger Streitigkeiten zuständig ist.

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von
Gerhard Scheele
Referendar
aus Altena (Westf.)

Approbiert am 22. April 1936

1936
Druck: Heinrich Pöppinghaus o. H.-G., Bochum-Langendreer.

1936/432

Referent: Univ.-Professor Dr. K ü b l e r.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533902_0099

INHALTS-ÜBERSICHT.

Seite:

§ 1. Einleitung 1

§ 2. Die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren gemeinschaftlichen Kindern sowie die Sorge für deren Person in der geschichtlichen Entwicklung bis zu ihrem gegenwärtigen Inhalt im Bürgerlichen Gesetzbuch . . 3

I. Abschnitt: Von der patria potestas im römischen Recht 3

II. Abschnitt: Die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Unterhaltspflicht und der elterlichen Gewalt bis zum BGB. 7

§ 3. Die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren gemeinschaftlichen Kindern im Bürgerlichen Gesetzbuch 13

I. Abschnitt: Allgemeines 13

II. Abschnitt: Die Voraussetzungen der Unterhaltspflicht 15

III. Abschnitt: Die gesteigerte Unterhaltspflicht gegenüber minderjährigen unverheirateten Kindern 16

IV. Abschnitt: Die Erfüllung der Unterhaltspflicht . 18

1) Durch Entrichtung einer Geldrente, im besonderen bei Abänderung der vom Unterhaltspflichtigen getroffenen Bestimmung durch das Prozeßgericht . . 18

2) Freies Bestimmungsrecht der Eltern gegenüber unverheirateten Kindern und seine Abänderung durch das Vormundschaftsgericht 21

Seite:

§ 4. Das Personensorgerecht während bestehender Ehe im Normalfall 28

I. Abschnitt: Inhalt der Sorge für die Person des Kindes 28

II. Abschnitt: Berechtigter des Sorgerechts . . . 31

III. Abschnitt: Entscheidung bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Vater und Pfleger in bezug auf eine sowohl die Person als auch das Vermögen des Kindes betreffende Angelegenheit 33

§ 5. Der Anspruch des Vaters auf Herausgabe des Kindes . 38

I. Abschnitt: gegen einen Dritten 38

II. Abschnitt: gegen die Mutter 39

§ 6. Rechtliche Gestaltung des Personensorgerechts während bestehender Ehe bei tatsächlichem Getrenntleben der Ehegatten 40

I. Abschnitt: Anspruch des Vaters auf Herausgabe der Kinder, die die Mutter bei der tatsächlichen Trennung mit sich genommen hat 40

II. Abschnitt: Rechtslage, wenn die Eltern tatsächlich getrennt leben und die Kinder beim Vater geblieben sind 46

III. Abschnitt: Rechtslage, wenn die Eltern tatsächlich getrennt leben und dem Vater die Sorge für die Person der anderweitig untergebrachten Kinder entzogen ist . . . 50

§ 7. Das Personensorgerecht nach Auflösung der Ehe durch Scheidung 52

I. Abschnitt: Allgemeines 52

II. Abschnitt: Besondere Regelung des Sorgerechts durch das Vormundschaftsgericht . . 55

Seite:

III. Abschnitt: Das Verkehrsrecht des geschiedenen nichtsorgeberechtigten Ehegatten . . 60

A) Allgemeines 60

B) Die vormundschaftsgerichtliche Regelung des Verkehrsrechts 61

C) Zuständigkeit des Prozeßgerichts und des Vormundschaftsgerichts bezüglich des Verkehrsrechts . . 62

D) Kostentragungspflicht nach § 1636 67

§ 8. Verhältnis der während des schwebenden Ehestreits in bezug auf die rechtlichen Beziehungen zwischen den streitenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Kindern gemäß § 627 ZPO. getroffenen einstweiligen Verfügungen zu einschlägigen Anordnungen des Vormundschaftsgerichts 69

§ 9. Das Personensorgerecht nach Auflösung der Ehe . . 81

I. Abschnitt: durch Tod 81

II. Abschnitt: durch Todeserklärung 82

§ 10. Schlußwort 83

ABKÜRZUNGEN.

ArchbürgR.	=	Archiv für bürgerliches Recht.
ArchzivPr.	=	Archiv für die zivilistische Praxis.
BayObLG.	=	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen und von Entscheidungen des Notariatsdisziplinarhofs.
Bay. Zf. Rpfl.	=	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
BGB.	=	Bürgerliches Gesetzbuch.
DJZ.	=	Deutsche Juristenzeitung.
DRZ.	=	Deutsche Richterzeitung.
FGG.	=	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. 5. 1898, in der Fassung vom 20. 5. 1898.
GruchBeitr.	=	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
HansGZ.	=	Hanseatische Gerichtszeitung.
HRR.	=	Höchstrichterliche Rechtsprechung.
JurRdsch.	=	Juristische Rundschau.
JW.	=	Juristische Wochenschrift.
JWG.	=	Reichsjugendwohlfahrtsgesetz vom 9. Juli 1922.
KGJ.	=	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel-, Strafsachen.
LZ.	=	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
OLG.	=	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, hrsg. von Mugdan und Falkmann.
Recht	=	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
RGRKomm.	=	Reichsgerichtsrätekommentar.
RGZ.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RJA.	=	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts.
SeuffArch.	=	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
SeuffBl.	=	Dr. J. A. Seufferts Blätter f. Rechtsanwendung.
WarnE.	=	Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen.
ZBlFG.	=	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung.
ZZP.	=	Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Paragraphen ohne besondere Bezeichnung sind solche des BGB.

§ 1. Einleitung.

Der natürliche Zweck der Vereinigung von Mann und Frau zu dauernder Lebensgemeinschaft, die das Recht als „Ehe" bezeichnet, gipfelt in der Erhaltung der Art. Als Familienverhältnis untersteht die Ehe daher in erster Linie dem Sittengesetz. Sie hat aber auch einen rechtlichen Inhalt [1]).

Im Rahmen der Arbeit interessieren unter den rechtlichen Wirkungen der Ehe lediglich diejenigen, die sich auf das Verhältnis der Ehegatten zu den gemeinschaftlichen Kindern beziehen. Diese rechtlichen Wirkungen sind vom Gesetz einerseits unter dem Begriff der „elterlichen Gewalt" [2]), andererseits unter dem der den Eltern den Kindern gegenüber obliegenden Unterhaltspflicht zusammengefaßt.

Beide Institute, elterliche Gewalt und Unterhaltspflicht, geben bei der Unvollkommenheit der menschlichen Verhältnisse nur allzu häufig, vor allem, wenn die Ehe rechtlich oder auch nur tatsächlich getrennt ist [3]), Veranlassung zu Zwistigkeiten unter den Ehegatten. Bei derartigen Streitigkeiten taucht regelmäßig die Frage auf, vor welcher Behörde sie auszutragen sind, ob nämlich das Prozeßgericht oder das Vormundschaftsgericht oder ob beide Gerichte nebenein-

1) Staudinger, Vorbem. zu den Wirkungen der Ehe im allgemeinen vor § 1353; Mot. IV, S. 104.

2) Opet-v. Blume, II, Elterliche Gewalt. Vorbem. vor § 1626, 2 und 3; Staudinger, II, Elterliche Gewalt. Vorbem. vor § 1626, 3; Engelmann, Familienrecht, II, Elterliche Gewalt. Vorbem. 3 vor § 1626.

3) Crome, Erziehung und Verkehr mit den Kindern bei tatsächlichem Getrenntleben der Ehegatten im Recht, 1909, S. 44; Busch, a. a. O., S. 191.

ander zuständig sind. Häufig geschieht es, daß in solchen Fällen das Vormundschaftsgericht keine Entscheidung trifft, weil es sich nicht für zuständig hält und die Parteien an das Prozeßgericht verweist. Dieses wiederum weist die Klage mangels Zulässigkeit des Rechtsweges ab und erklärt das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit für zuständig [4]).

In Bezug auf die Abgrenzung des Tätigkeitsbereichs der beiden Gerichte enthält das Gesetz nur wenige Vorschriften. Auch das Schrifttum behandelt die aufgeworfenen Fragen nur dürftig.

Die folgende Arbeit versucht, zu ihrer Klärung beizutragen. Soweit die elterliche Gewalt in Betracht kommt, wird sie sich jedoch lediglich mit dem Personensorgerecht der Eltern beschäftigen, da das Sorgerecht nicht nur den wichtigsten Teil der elterlichen Gewalt bildet, sondern auch gerade bei ihm die Frage der Zuständigkeit des Prozeß- oder Vormundschaftsgerichts in einer ganzen Anzahl von Fällen zweifelhaft und bestritten ist, während die Zuständigkeit der beiden Gerichte in Angelegenheiten der Vermögenssorge, der Nutznießung und Vertretung des Kindes, ohne daß weitere Zweifel entstünden, klar aus dem Gesetz zu entnehmen ist.

Es erscheint als angezeigt, zunächst auf die historische Entwicklung des Personensorgerechts und der Unterhaltspflicht im römischen und deutschen Recht einzugehen.

---

4) Engelmann, Die Zuständigkeit für die Regelung des Verkehrs zwischen Eltern und Kind bei bestehender Ehe im Recht, 1909, S. 563 ff.

§ 2. Die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren gemeinschaftlichen Kindern sowie die Sorge für deren Person in der geschichtlichen Entwicklung bis zu ihrem gegenwärtigen Inhalt im Bürgerlichen Gesetzbuch.

I. ABSCHNITT.

Von der patria potestas im römischen Recht.

Alle Familiengewalt leitet ihren Ursprung von der Ehe her.

Wie diese in ältester Zeit auf dem ehelichen Gewaltverhältnisse des Mannes über die Frau beruhte[5]), so war es naturgemäß, daß sich diese Machtbefugnis auch an den von der Frau in der Ehe geborenen Kindern fortsetzte. So entstand für den Ehemann die umfassende väterliche Gewalt.

So war es in ältester Zeit auch in Rom. Das römische Recht kennt keine elterliche Gewalt, sondern nur eine väterliche, die patria potestas[6]). Diese ist der Inbegriff der Rechte, welche dem männlichen Familienoberhaupt über seine Hauskinder zustanden, und kennzeichnet sich im alten römischen Recht als eine absolute Gewaltherrschaft, die nur von dem eigenen Willen und den Interessen des Gewalthabers begrenzt wurde. Ihre Wirkung reichte soweit, daß der paterfamilias neben der häuslichen Richtergewalt sogar ein Recht hatte, die Kinder zu

5) Kübler, Geschichte des Römischen Rechts, § 6, S. 32; Jhering, a. a. O., S. 192; Jörs, a. a. O., S. 198; Sohm, a. a. O., S. 512.

6) Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch, IV. Bd., § 78, I; Heckel, a. a. O., S. 21; Windscheid-Kipp, Bd. III, a. a. O., S. 61; Karlowa, a. a. O., S. 79; Roth, a. a. O., S. 362.

verkaufen. Schon das neugeborene Kind konnte er aussetzen. das unbotmäßige mit allen Mitteln strafen, ja äußerstenfalls sogar töten [7]). Dieses Recht des Vaters war nun freilich wohl von jeher durch Religion und Sitte gemildert. Aber der Gedanke war im römischen Recht absolut festgehalten, daß der Vater die Gewalt über Leben und Tod seiner Kinder ausübte in seinem Interesse und zwar nur in seinem — des Vaters — Interesse. Die Macht, die sich bei anderen Kulturvölkern des Altertums nur auf die Erziehungsgewalt beschränkte [8]), bezog sich bei den Römern vornehmlich auch auf das Vermögen und alles, was das Kind erwarb. Dafür wurde es auch als eine selbstverständliche Pflicht des Aszendenten angesehen, ihre Deszendenten aus dem vorhandenen Vermögen — patrimonium — zu unterhalten. Das römische Recht betrachtete diese, den ersteren auferlegte Pflicht als eine Verbindlichkeit, die durch die Natur der Dinge entstand Als ihren Rechtsgrund bezeichnete es die naturalis ratio, die aequitas und die caritas sanguinis [9]). Es handelte sich zunächst nur um eine sittliche Pflicht; eine Klage — actio — auf Gewährung des Unterhalts war schon deshalb ausgeschlossen, weil ein Rechtsstreit zwischen dem in väterlicher Gewalt stehenden Kinde und dem Gewalthaber ausgeschlossen war [10]). Der Gewalthaber und alle seine Abkömmlinge waren rechtlich nur eine Person. Alles, was sie erwarben, gehörte ihm von selbst. Indessen lag das Eigentümliche nicht in der Wirkung der väterlichen Gewalt, sondern in ihrer Dauer, denn sie dauerte ausnahmslos bis zum Tode des Vaters fort, ohne jede Rücksicht auf das Alter der Kinder. Es war Gnadenakt des Vaters, wenn er das Kind aus der väterlichen Gewalt entließ.

---

7) Kübler, Geschichte des Römischen Rechts, § 6, S. 28/30; Kübler, Lesebuch des Römischen Rechts, II. Die väterliche Gewalt, § 128, S. 194. Gai. I, 55; Opet, a. a. O., S. 175; Ulp. V, 1.

8) Mitteis, a. a. O., S. 209.

9) lex 5 § 2 Dig. de agnosc. lib. 25, 3.

10) lex 4 Dig. de jud. 5, 1.

Das war das alte ursprüngliche Prinzip, daß die Kinder dem Vater gegenüber privatrechtlich nicht sui iuris, keine selbständigen Personen waren. Der Vater hatte eine potestas über sie wie über Sklaven [11]).

Die väterliche Gewalt des römischen Rechtes schließt nur Rechte in sich, keine Pflichten. Sie ist auch durchaus einseitig. Für ein Recht der Mutter ist kein Raum. Im römischen Hause herrschte nur der Hausvater [12]).

Dieser weite Umfang der väterlichen Machtbefugnisse hat dazu geführt, daß vielfach die Ansicht vertreten wurde, die patria potestas sei ein Eigentumsrecht des paterfamilias an seinen Hauskindern [13]). Allein diese Ansicht ist unzutreffend. Zwar läßt sich mit der Auffassung der Antike die Annahme eines Eigentumsrechts an Personen ohne weiteres vereinbaren, da ein solches ja tatsächlich an Sklaven bestanden hat, die juristisch grundsätzlich nur als Sachen behandelt wurden [14]). Jedoch bestanden zwischen den Hauskindern und den Sklaven nicht nur in öffentlich-rechtlicher, sondern auch in privatrechtlicher Beziehung wesentliche Unterschiede. Die Hauskinder blieben, obgleich sie in patria potestate standen, cives Romani und konnten daher nicht in dominio und dominica potestate sein, sondern nur in patria potestate. Daraus folgt, daß im öffentlichen Recht die väterliche Gewalt ohne jeden Einfluß war [15]). Die Söhne hatten das jus suffragii et honorum wie der

---

11) Kübler, Geschichte des Römischen Rechts, § 6, S. 31; Kienle, a. a. O., S. 16.

12) André, a. a. O., S. 20; Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch, IV. Bd., § 78, I; Dernburg, Deutsches Familienrecht, S. 266; Brüggemann, a. a. O., S. 16; Sarwey, a. a. O., S. 447.

13) Vgl. zu dieser Streitfrage Glück, Bd. II, S. 237; Karlowa, a. a. O., S. 79; Brinz, Bd. III, S. 594; Burchardi, a. a. O., S. 176.

14) lex 1 Dig. 1, 6.

15) lex 5 § 1 Dig. 1, 5.

Vater; sie stimmten selbständig neben ihm in den Comitien und hatten als Beamte die volle Amtsgewalt über ihn [16]).

Auch in privatrechtlicher Beziehung galten sie wenigstens insoweit als Personen, als die Gewalt des Vaters dadurch nicht beeinträchtigt wurde. Sie konnten zwar keine Rechte haben, aber Schulden, und ihre Verpflichtungen durch Vertrag oder Delikt waren für sie gültig [17]). Die Durchführung ihrer Verbindlichkeiten mußte natürlich bis zu ihrer Selbständigkeit aufgeschoben werden.

Schon diese Stellung der Hauskinder im öffentlichen wie im privaten Recht läßt die Ansicht nicht zu, daß ein Eigentumsrecht des paterfamilias an ihnen wie an Sachen bestanden hat. Die Hauskinder sind keine bloßen Rechtsobjekte, sie spielen im öffentlichen Recht wie im Personenrecht des Privatrechts eine immerhin bedeutsame Rolle.

In der weiteren Entwicklung des römischen Rechts wurden die weitgehenden Machtbefugnisse des paterfamilias mehr und mehr eingeschränkt [18]), besonders in der Kaiserzeit. So wurde ihm das Tötungsrecht und das Verkaufsrecht genommen; nur ein Züchtigungsrecht wurde ihm belassen [19]), bei welchem er im Notfall obrigkeitliche Hilfe anrufen konnte [20]).

Ebenso wurde in dieser Zeit aus der nur sittlichen Pflicht zur Unterhaltsgewährung eine Rechtspflicht. Die Obrigkeit konnte zur Erzwingung der Verpflichtung des Vaters von den unter seiner väterlichen Gewalt stehenden Kindern angerufen

---

16) Kübler, Geschichte des römischen Rechts, § 6, S. 31.

17) lex 1. 57. Dig. 5. 1.

18) Crome, Grundzüge des Römischen Privatrechts, S. 238; Kienle, a. a. O., S. 17.

19) 1. 3 Cod. de patria potestate 8, 47.

20) Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch § 78, I; Endemann, a. a. O., § 191. 1 b.

werden[21]). Die gesetzliche Unterhaltspflicht des Vaters führte im Verlaufe der weiteren Entwicklung dahin, daß der Unterhalt auch einem Kinde zu gewähren war, das nicht in der patria potestas stand[22]). Eine Erweiterung der Unterhaltspflicht bestand schließlich noch darin, daß auch die Mutter dem Deszendenten Unterhalt zu gewähren hatte. Voraussetzung für die so erweiterte Unterhaltspflicht der Eltern waren jedoch die Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit des Berechtigten und die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten[23]).

Als Grundsatz muß aber dennoch zum Schluß festgestellt werden, daß, abgesehen von der Unterhaltspflicht, die patria potestas als Herrschaftsrecht auch in der Kaiserzeit ein ausschließlich väterliches Recht geblieben ist, an dem die Mutter weder bei Lebzeiten des Vaters noch nach seinem Tode Anteil hatte[24]).

II. ABSCHNITT.

Die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Unterhaltspflicht und der elterlichen Gewalt bis zum BGB.

Auch das ältere deutsche Recht gewährt dem Vater ein absolutes Recht an seinem Kinde. Hierin stehen die älteren Rechte einander gleich. Spuren der außerordentlichen Strenge haben sich bis in die fränkische Zeit und zum Teil bis in das Mittelalter erhalten[25]). Der Vater hatte ein weitgehendes Recht

---

21) Jnscriptio der lex 5 Dig. de agnosc. lib. 25, 3; Dernburg, Deutsches Familienrecht, § 69, 1.

22) Lex 5 § 1 Dig. de agnosc. lib. 25, 3.

23) Lex 5 §§ 7, 13 Dig. de agnosc. lib. 25, 3.

24) Dernburg, Deutsches Familienrecht, § 73 I, S. 265; Dernburg, Pandekten, III. Bd. § 32; Endemann, a. a. O., § 191, 1 a.

25) Schröder-v. Künsberg, a. a. O., S. 71, 351; Lange, a. a. O., S. 14; v. Amira, a. a. O., S. 184; Brüggemann, a. a. O., S. 16.

über seine Kinder, gleichfalls auch über seine Frau; über beide eine Gewalt über Leben und Tod. Frau und Kind waren der strengsten Zucht und Strafgewalt des Hausherrn unterworfen, dem in äußersten Fällen — z. B. bei Lebensnachstellung, Not — unter Mitwirkung der Sippe selbst das Recht der Verstoßung, Verknechtung, des Verkaufes und der Tötung zukam [26]). Dagegen ist die Befugnis, neugeborene Kinder auszusetzen oder zu töten, nicht als ein Ausfluß der väterlichen Gewalt allein zu betrachten, da diese Befugnis auch anderen Personen, wie z. B. der Mutter, zustand [27]). Das Kind wurde erst dadurch in die Familie aufgenommen, daß es Namen und erstmalig Nahrung erhielt.

Aber die Grundauffassung des deutschen Rechts ist doch von vornherein eine andere als die des römischen Rechtes. Die väterliche Gewalt ist nicht eine völlig unbeschränkte Herrschaftsgewalt, sondern sie gründet sich auf die Erkenntnis, daß das unselbständige Kind schutz- und pflegebedürftig sei, und schon früh schreitet die Obrigkeit ein, wenn der Vater seine Macht mißbraucht. Das Kind ist auch schon vermögensfähig und hat dem Vater gegenüber Rechte [28]). Das Gewaltverhältnis selber heißt „mundium" (munt = manus, Hand, Gewalt). Über dessen Bedeutung sind verschiedene Ansichten vertreten worden [29]). Fast alle sind jedoch darin einig, daß „mundium" nicht „Gewaltherrschaft", sondern in erster Linie ein Schutzverhältnis im Interesse des Kindes bedeutet [30]). Das Schutzmoment ist also in vorherrschender Weise neben das Gewaltmoment getreten, und man kann in Verbindung mit dem mundium von Gewalt

---

26) André, a. a. O., S. 20; Endemann, a. a. O., § 191, 2.

27) Lex Frisionum Tit. 5 gestattet nur noch der Mutter die straflose Tötung des Neugeborenen.

28) Stobbe, a. a. O., S. 365. § 312 II, 1.

29) Kraut, a. a. O., S. 586 ff.; Lang, a. a. O., S. 379; v. Roth, a. a. O., § 151 Übersicht.

30) Waitz, a. a. O., S. 375; Stobbe, a. a. O., S. 366; Endemann, a. a. O., § 191, 2; Schröder-v. Künsberg, a. a. O., S. 817.

nur noch insofern sprechen, als der Vater nicht nur Inhaber von Rechten, sondern auch Träger von Pflichten ist.

Dem Vater, dem das mundium über seine ehelichen Kinder zustand, erwuchsen hieraus Recht und Pflicht, es zu erziehen und zu vertreten [31]). Er verwaltete das Kindesvermögen und war auch in dessen Genuß, solange das Kind noch zu seinem Haushalte gehörte. Das Verhältnis nahm ein Ende, wenn der Vater starb oder das Kind des Schutzes und der Fürsorge des Vaters nicht mehr bedurfte [32]). Letzteres war der Fall, wenn der mündige Sohn wirtschaftlich auf eigenen Füßen stehen konnte und sich deshalb vom Vater unabhängig stellte; ferner, wenn er in eine Gefolgschaft eintrat oder sich an Kindesstatt annehmen ließ. Allerdings bewirkten die beiden letzteren Umstände den Übergang des mundium auf den Gefolgsherrn bzw. Adoptivvater [33]). Das mundium über die Töchter endete mit ihrer Verheiratung [34]); sie kamen dadurch in das mundium ihres Ehemannes. Unverheiratete Töchter blieben lebenslänglich im mundium des Vaters [35]).

Auch noch nach einer anderen Richtung zeigte sich ein bedeutsamer Unterschied gegenüber dem römischen Rechte. Neben dem Vater stand die Mutter. Allerdings hatte sie ursprünglich keinen rechtlichen Anteil an der Gewalt über die Kinder. Jedoch brachte es die Natur des Verhältnisses zu ihren Kindern mit sich, daß sie in nicht unerheblicher Weise an der Erziehung teilnahm [36]). Dieses natürliche Erziehungsrecht der Mutter war die Grundlage für eine spätere rechtliche Beteiligung.

---

31) Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch § 78, II; Dernburg, Deutsches Familienrecht § 73, I.

32) Stobbe, a. a. O., § 312 II, 2; Kienle, a. a. O., S. 17

33) Brunner, a. a. O., § 54; Hübner, a. a. O., § 90 u. 97.

34) Brunner, a. a. O., § 54.

35) Kraut, a. a. O., S. 591.

36) André, a. a. O., S. 20; Stobbe, a. a. O., § 312 II, 3, S. 367; Dernburg, Deutsches Familienrecht § 73 II, S. 266.

Freilich war dieser Anteil der Mutter noch recht beschränkt. Auch war die Entwicklung durchaus nicht einheitlich im gesamten deutschen Rechtsgebiet. In einigen Volksrechten kommt das Recht der Mutter stärker zum Ausdruck [37]), in anderen tritt es mehr oder gänzlich hinter dem des Vaters zurück. Es ist jedoch unverkennbar, daß eine stete Entwicklung auf eine wirkliche „elterliche Gewalt" hinzudrängen schien. Diese Entwicklung konnte auch die Rezeption des römischen Rechtes nicht wesentlich beeinflussen [38]). Wenn auch die eindringenden römischen Grundsätze zu einer rückschrittlichen Entwicklung führten — wir hatten bereits ausgeführt, daß auch das spätere römische Recht an der ausschließlich väterlichen Gewalt festhielt und der Mutter gar keine rechtlichen Befugnisse einräumte —, so hatte sich die deutschrechtliche Auffassung von der patria potestas als einer natürlichen Schutzgewalt über das Kind und von der tatsächlichen Teilnahme der Mutter daran auch damals nicht gänzlich zurückdrängen lassen [39]). Die deutschrechtlichen Anschauungen blieben tatsächlich in mancher Beziehung lebendig.

Es sei dabei betont, daß man, wie es bis zu einem gewissen Grade ja auch dem späteren römischen, in Deutschland rezipierten Recht des Corpus iuris entsprach, daran festhielt, daß der Vater nicht nur Rechte gegenüber seinem Kinde habe, sondern auch Pflichten, insofern als das Kind auch einen natürlichen Anspruch auf Schutz und Fürsorge habe [40]), und daß es Pflicht der Obrigkeit sei, einzuschreiten, wenn er seine Pflicht verletzte. Und nicht nur gegen den Vater hatte das Kind diesen natürlichen Anspruch, sondern auch gegen die Mutter. Neben

37) Schwabenspiegel, c. 26, 52, 54, 55.

38) Knitschky, a. a. O., S. 135; Roth, a. a. O., § 163; Endemann, Lehrbuch, a. a. O., S. 493; Brüggemann, a. a. O., S. 18.

39) Stobbe, a. a. O., § 312 II, 5, S. 372; Endemann, a. a. O., § 191, S. 493; André, a. a. O., S. 20.

40) Knitschky, a. a. O., S. 88; André, a. a. O., S. 20.

die Pflichten des Vaters traten auch Pflichten der Mutter, die, wie wir ausgeführt haben, in tatsächlicher Weise an der Erziehung der Kinder beteiligt war, und neben die väterliche trat eine natürliche mütterliche Gewalt.

Mit der Aufnahme des römischen Rechts wurden auch die Vorschriften über die gesetzliche Unterhaltspflicht der Eltern aufgenommen. Die Gegenseitigkeit der Unterhaltspflicht der Verwandten in auf- und absteigender Linie wurde anerkannt [41]), jedoch abhängig gemacht von der Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten und der Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Elternteils [42]). Diese römisch-rechtlichen Grundsätze über die gesetzliche Unterhaltspflicht der Eltern wurden vielfach von späteren Rechtssystemen übernommen, während hinsichtlich der elterlichen Gewalt sowohl im gemeinen Recht als auch in der neueren Kodifikation mehr die deutschrechtliche Auffassung zur Geltung gelangte. Dies geschah zuerst im französischen Recht [43]); nach ihm folgte eine ganze Reihe deutscher Partikulargesetze des 19. Jahrhunderts [44]), die teilweise noch in den der Mutter zustehenden Rechten über den Code civil hinausgingen. Aber der Rechtszustand vor dem BGB. war doch ein unsicherer und uneinheitlicher. Die Voraussetzungen für das Eingreifen der Obrigkeit bei Mißbrauch der Befugnisse des Vaters und der Umfang ihrer Befugnisse waren nicht fest umrissen. Auch war die Rechtsstellung der Mutter nicht klar [45]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat nun diese Entwicklung zu einem gewissen Abschluß gebracht, indem es die mütterliche

---

41) Buengner, a. a. O., S. 73.

42) Reerink, a a. O., S. 711.

43) Code civil I, tit. 9; de la puissance paternelle Art. 371 ff.; Heckel, a. a. O., S. 30; Eck, Die elterliche Gewalt im Bürgerlichen Gesetzbuch nach Inhalt und Zuständigkeit, S. 5, 12.

44) Mot. IV/735; Stobbe, a. a. O., § 312 II, 3 und 5; Endemann, a. a. O., §§ 191, S. 493; Danziger, a. a. O., S. 7.

45) Stobbe, a. a. O., § 312 II, 5, S. 372.

Gewalt auch rechtlich anerkannte. Wenn auch das BGB. in dieser Richtung keineswegs eine zufriedenstellende Lösung gegeben hat[46]), so hat es doch immerhin mit alten Vorurteilen gebrochen und eine elterliche Gewalt der Mutter anerkannt. Aus dem Begriff der elterlichen Gewalt (§§ 1626 ff.) geht hervor, daß Vater und Mutter Rechte und Pflichten der elterlichen Gewalt gemeinsam zustehen. Während der Ehe tritt naturgemäß die elterliche Gewalt der Mutter hinter die des Vaters, als „des Hauptes der Familie" zurück[47]). Die Frage, wann und in welchem Umfange die Rechte der Mutter neben die des Vaters oder allein in Kraft treten und vor welchem Gericht sie geltend zu machen sind, soll in einem späteren Abschnitt behandelt werden. Vorerst soll die Unterhaltspflicht der Eltern nach dem BGB. untersucht werden.

46) Munk, a. a. O., S. 309.
47) Mot. IV/754.

§ 3. Die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren gemeinschaftlichen Kindern im Bürgerlichen Gesetzbuch.

I. ABSCHNITT.

Allgemeines.

Die Unterhaltspflicht ist die Pflicht zur Gewährung der für die Erhaltung einer Person erforderlichen Mittel [48]). Sie kann begründet sein durch Vertrag, Vermächtnis oder Gesetz.

Unter den auf gesetzlicher Grundlage beruhenden Unterhaltspflichten ist die der Verwandten — geregelt in den §§ 1601 bis 1615 — wegen ihrer großen Bedeutung für die Beteiligten und die Gesamtheit von besonderer Wichtigkeit. Das BGB. hat die Unterhaltspflicht auf die Verwandten in gerader Linie beschränkt, abweichend vom Entwurf, der sie im öffentlichen Interesse auch auf Geschwister ausgedehnt wissen wollte [49]). Das Gesetz hat als Grundsatz aufgestellt, daß unter den Aszendenten die näheren vor den entfernteren, mehrere gleich nahe zu gleichen Teilen haften (§ 1606, II, 1). Übereinstimmend mit dem gemeinen Recht macht es hiervon eine Ausnahme zu Lasten des Vaters, indem es ihm die Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung an die gemeinschaftlichen Kinder vor der Mutter auferlegt (§ 1606 II, 2, 1. Hälfte) [50]). Die Erfüllung der Unterhaltspflicht liegt nicht nur im Interesse des Unterhaltsberechtigten,

---

48) Opet-v. Blume, Vorbem. zur Unterhaltspflicht, 1; Reerink, a. a. O., S. 721; Goldmann-Lilienthal, a. a. O., § 35 I.

49) Mot. IV/679.

50) Rudolph, a. a. O., S. 688.

sondern auch im allgemeinen Interesse. Deshalb gibt es eine ganze Reihe von Vorschriften, welche die Förderung der Erfüllung der Unterhaltspflicht bezwecken [51]). An die Nichterfüllung der Unterhaltspflicht knüpfen sich nachteilige Folgen mannigfacher Art [52]). Neben der privatrechtlichen Unterhaltspflicht besteht eine öffentlich-rechtliche Unterstützungspflicht, die voneinander unabhängig sind. So kann gegenüber dem privatrechtlichen Unterhaltsanspruche aus dem etwaigen Bestehen einer öffentlich-rechtlichen Unterstützungspflicht kein Einwand hergeleitet werden, wie auch umgekehrt die öffentliche Unterstützung nicht mit Rücksicht auf das Bestehen eines familienrechtlichen Unterhaltsanspruchs verweigert werden kann.

Die Unterhaltspflicht selber hat ihren Rechtsgrund in einer Familienbeziehung, in der Verwandtschaft mit den sich aus ihr ergebenden natürlichen, sittlichen und sozialen Pflichten [53]). Sie ist unabhängig von der Gemeinschaft des Haushalts; auch ergibt sie sich nicht aus der väterlichen Gewalt. Sie besteht nach Aufhebung der väterlichen Gewalt fort und liegt sowohl dem Vater wie der Mutter ob. Die elterliche Gewalt schließt die Unterhaltspflicht nicht in sich [54]); desgleichen wird die Gewährung des Unterhalts nicht als eine Gegenleistung für die Nutznießung behandelt, die dem Inhaber der elterlichen Gewalt an dem Kindesvermögen zusteht [55]). Die Unterhaltsgewährung stellt sich

---

51) Siehe die erschöpfende Zusammenstellung bei Staudinger, Vorbem. zur Unterhaltspflicht, 10.

52) z. B. §§ 2333, Nr. 4; 2334, 1418 I, Nr. 2; 1468, Nr. 3, 1542, 1549, 1428, 1371, 1441, 1526, 1549, 1495, Nr. 3, 1666 II, 1686. § 361 I, Nr. 10, II StGB. §§ 71 Nr. 2, 77 III, 1 HGB.; Endemann, a. a. O., § 197 3 d.

53) Staudinger Vorbem. zur Unterhaltspflicht 2; Opet-v. Blume, Vorbem. z. Unterhaltspflicht 1; Endemann, a. a. O., § 197, 1; Engelmann, Familienrecht, Vorbem. z. Unterhaltspflicht 2 c.

54) Stobbe, a. a. O., § 314 II, S. 383, 384; Hagemann, a. a. O., S. 402.

55) Motive IV, S. 678; Opet-v. Blume, Vorbem. z. Unterhaltspflicht 9 α; Hagemann, a. a. O., S. 403.

im Gegensatz zur Personenfürsorge rechtlich lediglich als ein Kreis von Verpflichtungen dar, ohne irgendwelche Befugnisse als Gegenleistung. Beide, elterliche Gewalt und Unterhaltspflicht, bestehen völlig unabhängig von einander, häufig in einer Person vereint, häufig aber auch in verschiedenen Händen liegend. Hierdurch ist es aber nicht ausgeschlossen, daß beide in mannigfaltiger Wechselwirkung zueinander stehen. Die Unterhaltspflicht, auf Grund deren dem Bedürftigen die zum Leben erforderlichen Mittel zu gewähren sind, und die elterliche Gewalt sind so eng miteinander verknüpft und sind sich durch das beiden gesetzte Ziel so ähnlich, daß sie, wenn auseinandergerissen und in verschiedene Hände gelegt, notwendig einander beeinflussen müssen [56]).

II. ABSCHNITT.

Die Voraussetzungen der Unterhaltspflicht.

Die Verwandtschaft ist, wie wir bereits angeführt haben, der Rechtsgrund, auf dessen Boden der Unterhaltsanspruch zur Entstehung gelangt. Zu seiner Geltendmachung bedarf es jedoch neben der Verwandtschaft in grader Linie und dem Voranstehen des Unterhaltspflichtigen in der Verwandtenordnung noch zweier weiterer Voraussetzungen: der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten und der Bedürftigkeit des Berechtigten [57]). Solange diese beiden Voraussetzungen nicht vorliegen, kann ein Anspruch nicht geltend gemacht werden; an dem Bestehen der Unterhaltspflicht ist jedoch nicht zu zweifeln. Denn sie besteht so lange, als das sie begründende Verwandtschaftsverhältnis

56) Opet-v. Blume, Vorbem. z. Unterhaltspflicht α.

57) Dernburg, Deutsches Familienrecht, § 69 III, 2 und 3; Crome, Familienrecht IV, § 604 I, 2; Opet-v. Blume, Vorbem. z. Unterhaltspflicht 5; Ritter, a. a. O., S. 43.

dauert. Anderer Ansicht sind allerdings die Motive[58]). Allein aus der Fassung des § 1601 geht hervor, daß Voraussetzung für die Gewährung von Unterhalt nur das zwischen den Parteien bestehende Verwandtschaftsverhältnis ist. Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit haben keinen Einfluß auf das Bestehen der Pflicht als solcher.

Damit sind die allgemeinen Voraussetzungen für die Gewährung des Unterhalts dargetan; wir können uns der gesteigerten Unterhaltspflicht der Eltern zuwenden.

III. ABSCHNITT.

Die gesteigerte Unterhaltspflicht gegenüber minderjährigen unverheirateten Kindern.

Besondere Bestimmungen gelten im Verhältnis des Vaters — und ebenso der Mutter, wenn sie unterhaltspflichtig ist — zu den Kindern, wenn diese minderjährig und unverheiratet sind. Sind letztere Voraussetzungen in der Person der Kinder erfüllt, so liegt den Eltern eine gesteigerte Unterhaltspflicht ob. Diese ergibt sich aus der besonderen Innigkeit der in solchem Falle bestehenden Lebensgemeinschaft. Die Motive begründen dieses Vorrecht der Kinder folgendermaßen[59]): „Der natürlichen Stellung und Aufgabe der Eltern entspricht die Pflicht der letzteren, ihre Kinder durch ihre eigenen Kräfte und Mittel zur Selbständigkeit zu bringen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Kinder unter ihrer elterlichen Gewalt stehen oder nicht. Der durch jene Stellung hervorgerufenen sittlichen Pflicht und den Anfor-

58) Mot. IV, S. 677; sie sind der Meinung, daß bei mangelnder Leistungsfähigkeit des Verpflichteten oder mangelnder Bedürftigkeit des Berechtigten nicht schon von einem Unterhaltsanspruch, sondern nur von einer Aussicht, einer rechtlichen Möglichkeit, einen Unterhaltsanspruch zu erlangen, die Rede sein könne.

59) Mot. IV, S. 681, 682.

derungen wahrer elterlicher Gesinnung würde nicht Genüge geschehen, wenn die Rechtspflicht der Eltern, ihre Kinder zu unterhalten, erst dann eintreten sollte, wenn die letzteren durch Erschöpfung des Stammes ihres Vermögens in völlige Dürftigkeit versetzt sind. Auch wirtschaftlich würde eine solche Regelung nicht zu billigen sein, da die Selbständigkeit und das spätere Fortkommen der Kinder gesicherter ist, wenn sie bei Vollendung ihrer Ausbildung nicht von allen Mitteln entblößt sind. Auf der anderen Seite entspricht es aber der Natur der Sache und der Billigkeit, daß, wenn die Kinder eigenes Vermögen besitzen, die Einkünfte des letzteren zunächst zu ihrem Unterhalte verwendet werden, es mithin insoweit bei der Regel des § 1602, I bleibt. Ebenso tritt dieser Regel gemäß die Unterhaltspflicht der Eltern nicht ein, wenn und soweit die Kinder durch eigene Erwerbstätigkeit dieser oder jener Art, welche den Umständen nach ihnen zugemutet werden kann, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen in der Lage sind."

Die Steigerung der Unterhaltspflicht besteht also einerseits darin, daß minderjährige unverheiratete Kinder von ihren Eltern Unterhalt verlangen können, auch wenn sie Vermögen besitzen, sofern nur ihre Einkünfte nicht ausreichen (§ 1602, II). Das Kind ist aber insoweit verpflichtet, sich durch Erwerbstätigkeit den Unterhalt selber zu verdienen, als seine Kräfte es erlauben und die Vorbereitung zu einem künftigen Lebensberufe nicht darunter leidet. Andererseits besteht die Steigerung der Unterhaltspflicht darin, daß Eltern mit minderjährigen unverheirateten Kindern, für die anderweit nicht gesorgt ist, auch das Letzte teilen müssen; sie können sich also nicht darauf berufen, sie hätten selbst nicht genug für sich (§ 1603, II).

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, daß die Bedürftigkeit nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß sie auf eigenem Verschulden des Bedürftigen beruht [60]). Jedoch kann ein

60) Staudinger zu § 1602, Anm. 2; Planck zu § 1602, Anm. 3.

sittliches Verschulden unter gewissen Voraussetzungen zu einer Beschränkung des Umfanges des zu gewährenden Unterhaltes führen.

IV. ABSCHNITT.

Die Erfüllung der Unterhaltspflicht

1) durch Entrichtung einer Geldrente, im besonderen bei Abänderung der vom Unterhaltspflichtigen getroffenen Bestimmung durch das Prozeßgericht.

Der Zweck der Unterhaltspflicht geht, wie wir schon bemerkt haben, dahin, dem Berechtigten die für die Erhaltung seiner Person erforderlichen Mittel zu beschaffen. Dieser Zweck kann auf zweifache Weise erreicht werden. Der Verpflichtete kann entweder den Unterhalt durch Zahlung einer Geldrente gewähren — in diesem Fall hat der Berechtigte seinen Unterhalt für eine bestimmte Zeit selber zu bestreiten — oder er muß den Unterhalt durch Naturalleistung bewirken.

Nach gemeinem Recht stand dem Unterhaltspflichtigen die Befugnis zu, den Unterhalt in Naturalleistung zu gewähren. Hierdurch mußten allerdings die Bedürfnisse des Berechtigten vollauf befriedigt werden. Kam eine Einigung nicht zustande, so konnte der Richter eine Unterhaltsgewährung durch Zahlung einer Geldrente anordnen. Letzteres durfte nur aus dringenden Gründen geschehen [61]). Ähnlich verhielt es sich im preußischen ALR. und dem österreichischen GB. [62]). In Ermangelung besonderer Bestimmungen entschied über die Art der Unterhaltsgewährung das Ermessen des Gerichts.

Dagegen stellt das BGB. als Grundsatz auf, daß der Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren ist (§ 1612

61) Staudinger, § 1612, Anm. 1; Roth, a. a. O., S. 324, A. 21.
62) Mot. IV, S. 702.

I, 1), die für drei Monate im voraus zu zahlen ist (§§ 1612 III, 760 II). Die Motive sagen über diese Art der Bestimmung folgendes[63]): „Die Naturalleistung entspricht allerdings oft dem Interesse des Verpflichteten am meisten, dagegen den individuellen Verhältnissen und den Anforderungen der Pietät am wenigsten, namentlich in solchen Fällen, in welchen Aszendenten der Unterhalt von Seiten der Deszendenten zu gewähren ist, oder in welchen ein schlechtes Verhältnis zwischen den Beteiligten besteht. Wählt in solchen Fällen der Verpflichtete die Naturalleistung, so kann dadurch dem Berechtigten der Unterhaltsanspruch unter Umständen faktisch völlig illusorisch gemacht werden oder es wird diese Art der Gewährung des Unterhaltes eine stete Quelle von Streitigkeiten und Prozessen, namentlich auch über die Frage, ob die einzelnen Naturalleistungen dem Anspruche auf standesmäßigen Unterhalt entsprechen. Diese Übelstände werden beseitigt, wenn man die Gewährung des Unterhaltes durch Entrichtung einer Geldrente als die Regel hinstellt, daneben aber dem Gerichte die Befugnis gibt, auf Antrag des Verpflichteten, demselben zu gestatten, den Unterhalt in anderer Art zu gewähren, sofern besondere Umstände eine solche Gestattung rechtfertigen."

Durch die Entrichtung der Geldrente wird im BGB. der Unterhaltspflichtige für die Dauer von drei Monaten von seiner Unterhaltspflicht befreit. Der dreimonatige Zeitraum beginnt, abgesehen von § 1613, wonach für die Vergangenheit Unterhalt von der Zeit an verlangt werden kann, zu welcher der Verpflichtete in Verzug gekommen oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist, mit dem Zeitpunkt ihrer Zahlung. An dem jenem ersten Fälligkeitstag entsprechenden Tage ist späterhin die Rente für den neuen dreimonatigen Zeitraum im voraus zu entrichten. Nur für den so zu berechnenden dreimonatigen Zeit-

63) Mot. IV, S. 702, 703.

raum wird der Unterhaltspflichtige durch seine Vorausleistung befreit.

Abweichend von der Regel, daß Verwandte den Unterhalt durch Entrichtung einer für drei Monate im voraus zu zahlenden Geldrente zu gewähren haben, kann der Verpflichtete aus besonderen Gründen verlangen, daß ihm die Gewährung des Unterhalts in anderer Art gestattet werde (§ 1612 I, 2). Die Unterhaltsgewährung kann beispielsweise in voller oder teilweiser Naturalleistung, Unterbringung in einer Anstalt oder Pension und Abfindung durch Zahlung eines Kapitals bestehen [64]). Eine solche Unterhaltsgewährung kann z. B. einem Bedürftigen gewährt werden, der dem Trunke und Müßiggang ergeben ist oder leichtsinnig und verschwenderisch ist, so daß sich die Freiheitsbeschränkung, die mit der Naturalverpflegung verbunden ist, als unentbehrlich darstellt [65]). Aber auch die Verhältnisse des Verpflichteten verdienen Berücksichtigung. Eine Abweichung von der Regel des § 1612 I, S. 1 erscheint dann geboten, wenn er ein Wirtschaftswesen besitzt, in welchem er den Unterhalt in Natur ohne Schwierigkeiten gewähren kann, während er die Mittel zur Zahlung einer Geldrente nur schwer aufzubringen vermag. Unter Umständen kann auch Gewährung des Unterhalts teils in Natur, teils durch Entrichtung einer Geldrente veranlaßt sein [66]). Allerdings können bloße Zweckmäßigkeitsgründe — die Unterhaltsgewährung in Natur kommt für den Verpflichteten billiger zu stehen — eine Abweichung von der Regel des § 1612 I, S. 1 nicht rechtfertigen [67]). Ob nun solche „besonderen Gründe", die die Gewährung des Unterhalts in anderer Art gestatten, vor-

---

64) So Staudinger zu § 1612 2. a; Engelmann, Familienrecht zu § 1612 2 a; bestritten von Fischer-Henle zu § 1612, Note 3; Goldmann-Lilienthal, § 35, S. 231, Anm. 57; RGRKomm. zu § 1612 3; Opet-v. Blume zu § 1612 3.

65) Motive IV, S. 703; Engelmann, Familienrecht zu § 1612 2 a.

66) Planck zu § 1612, 1.

67) SeuffArch. Bd. 61, Nr. 159; Planck zu § 1612, 1.

liegen, darüber entscheidet, wenn zwischen Verpflichtetem und Berechtigtem keine Einigung zustande kommt, das Ermessen des Prozeßrichters[68]), der auf die beiderseitigen Interessen Rücksicht zu nehmen hat.

2) Freies Bestimmungsrecht der Eltern gegenüber unverheirateten Kindern und seine Abänderung durch das Vormundschaftsgericht.

Besondere Umstände greifen dann Platz, wenn die Eltern einem unverheirateten Kinde Unterhalt zu gewähren haben. Sie sind dann insofern freier gestellt, als sie bestimmen können (§ 1612 II, 1), in welcher Art und für welche Zeit im voraus der Unterhalt gewährt werden soll. Ihrer Entschließung ist es anheimgestellt, ob sie den Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente gewähren wollen und ob sie die einzelnen Leistungen vierteljährlich oder in längeren oder kürzeren Fristen bewirken wollen[69]). Die Vorschrift von Abs. II des § 1612 bezieht sich nur auf unverheiratete Kinder; ob diese minderjährig oder volljährig sind, dem elterlichen Haushalt angehören oder nicht, dem Unterhaltsverpflichteten die elterliche Gewalt oder die Sorge für die Person zusteht oder nicht, kommt für die Anwendbarkeit der genannten Gesetzesbestimmung nicht in Betracht[70]).

Minderjährige Kinder kann der Vater als Gewalthaber zwingen, in seinem Hause zu wohnen und hier den Lebensunterhalt zu empfangen. Er hat aber auch das Recht, wenn er es

---

68) Goldmann-Lilienthal, § 35, S. 231, Anm. 58; Staudinger zu § 1612, 2 a; Warneyer-Komm. zu § 1612, I; Engelmann, Familienrecht zu § 1612, 2 a; Reerink, a. a. O., S. 728; Planck zu § 1612, Anm. 1; Knitschky, a. a. O., S. 130.

69) Knitschky, a. a. O., S. 128; Crome, Deutsches Familienrecht, § 605 II, 2; Wedermann, a. a. O., S. 5.

70) Engelmann, Familienrecht zu § 1612, 2 b α; Opet-v. Blume zu § 1612, 5.

in seinem oder der Kinder Interesse für besser hält, das Kind nach auswärts in eine fremde Familie oder Anstalt zu geben. In diesem Falle muß er die Kosten des Unterhalts durch Geldzahlungen bewirken.

Volljährige, unverheiratete Kinder, die noch unterhaltsbedürftig sind, haben keinen Anspruch darauf, von ihm durch Entrichtung einer Geldrente unterhalten zu werden [71]). Das Bestimmungsrecht des Vaters hat mit der Verheiratung des Kindes sein Ende; es soll nicht mehr in der Wahl seiner Wohnung und seiner sonstigen Lebensweise durch den Willen des Vaters beschränkt werden.

Fühlt sich das minderjährige, unverheiratete Kind durch die vom Vater gewählte Art und Zeit der Unterhaltsgewährung in seinen berechtigten Interessen beschwert, so kann die Bestimmung des Vaters nach § 1612 II, 2 auf Antrag des Kindes aus „besonderen Gründen" durch das Vormundschaftsgericht abgeändert werden. Damit ist die Verrichtung des Vormundschaftsgerichts erschöpft [72]). Durch die abändernde Bestimmung des Vormundschaftsgerichts erhält die Unterhaltspflicht den Inhalt, daß sie in der vom Vormundschaftsgericht bestimmten Art zu erfüllen ist [73]). Für die Änderung der elterlichen Bestimmung betreffs der Unterhaltsgewährung ist die Zuständigkeit des Prozeßgerichts ausgeschlossen.

Außerdem hat auch die Mutter das Recht und die Pflicht, eine Änderung der vom Vater gewählten Art und Zeit der Alimentation beim Vormundschaftsgericht zu beantragen, denn sie ist nach § 1634, S. 1 berechtigt und verpflichtet, für die Person des Kindes zu sorgen. Zu dieser Sorgepflicht gehört aber auch die Pflicht, darüber zu wachen, daß der Unterhalt in angemes-

---

71) Motive IV, S. 704.

72) Josef, Zur Abgrenzung der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts von der des Prozeßgerichtes in ZBlFG., VII. Jg., S. 854.

73) Wedermann, a. a. O., S. 5.

sener Weise gewährt wird. Das Vormundschaftsgericht hat zu prüfen, ob ein besonderer Grund vorliegt, der die vom Vater getroffene Art und Zeit der Unterhaltsgewährung als unbillig und eine Änderung als gerechtfertigt erscheinen läßt. Solche besonderen Gründe werden immer dann als vorliegend angenommen werden müssen, wenn die vom Vater gewählte Art der Unterhaltsgewährung eine unbillige Erschwerung oder gar gesundheitliche Schädigung darstellt, kurz, wenn sie den Interessen des Kindes zuwiderlaufen würde [74]). Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 1612 II, 2 ist, daß die von den Eltern gewählte Art der Unterhaltsgewährung an sich angängig und nur aus Zweckmäßigkeitsgründen durch eine andere, den obwaltenden Verhältnissen mehr entsprechende Art der Unterhaltsgewährung zu ersetzen ist [75]). Das Kind ist in diesem Falle in der Lage, den Unterhalt in der von den Eltern gewählten Art entgegen zu nehmen.

Das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts setzt stets voraus, daß die Bestimmung des Elternteils gegenüber dem Kinde oder dessen gesetzlichen Vertreter in maßgeblicher Weise getroffen ist [76]). Solange es an einer solchen Bestimmung fehlt, ist das Vormundschaftsgericht zur Entscheidung nicht zuständig. Und nur dann ist es zuständig, wenn eine andere Art der Unterhaltsgewährung als die Geldzahlung bestimmt ist [77]).

Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts über die Art der Unterhaltsgewährung ist nicht vollstreckbar, denn der Vormundschaftsrichter kann nur gewisse Modalitäten der Unterhaltspflicht abändern, dagegen hat er nicht dafür zu sorgen,

---

74) Recht 1912, Nr. 1631; Recht 1920, Nr. 2435; OLG. 42/90; KGJ. 53/A. 25 ff.; SeuffArch. 73, Nr. 138; RGRKomm. zu § 1612, 2; Hagemann, a. a. O., S. 404.

75) JW. 1901/871; Staudinger zu § 1612, 2 b β.

76) RJA. 12/181; HRR. 1928, Nr. 1710; KGJ. 46/A. 25.

77) OLG. 30/61; JW. 1935, S. 1438; Ewald, a. a. O., S. 474; Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch, IV. Bd., § 97 VIII, S. 440.

daß der Unterhalt überhaupt oder in der angeordneten Weise gewährt werde [78]). Vollstreckbarbeit ist vielmehr vom Unterhaltsberechtigten im Klagewege durchzusetzen. Dabei ist für das Prozeßgericht die Bestimmung der Eltern oder, falls diese Bestimmung durch das Vormundschaftsgericht geändert worden ist, die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts bindend [79]). Die Bindung erstreckt sich jedoch nur auf die Entscheidung über Art und Zeit der Unterhaltsgewährung, nicht auch auf eine Entscheidung über die Unterhaltspflicht der Eltern [80]). Hat der Vormundschaftsrichter, die Unterhaltspflicht des Vaters bejahend, auf Antrag des Kindes die elterliche Bestimmung über die Art und die Vorausgewährung des Unterhalts geändert. (§ 1612 II, 2), so hat der Prozeßrichter dennoch darin freie Hand, das Bestehen der Unterhaltspflicht überhaupt oder über eine bestimmte Höhe hinaus zu verneinen [81]).

Wie ist es aber, wenn der Prozeßrichter die Klage des minderjährigen Kindes gegen den Vater auf Unterhaltsgewährung abgewiesen hat, weil er die Unterhaltspflicht wegen eigener

---

78) Planck zu § 1612, Anm. 2; Knitschky, a. a. O., S. 129; Nußbaum, Richterliche Zwangsgewalt in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZZP., Bd. 29, S. 463. Josef, Zur Abgrenzung der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts von der des Prozeßgerichts in ZBlFG., VII. Bd., S. 854.

79) Hagemann, Personenfürsorge und Unterhalt minderjähriger Kinder bei Trennung der Eltern während bestehender Ehe im ZBlFG. 22, S. 412; Recht 1906, Nr. 2128; Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, München 1914, S. 135; Josef, Die Entbehrlichkeit der Änderung der elterlichen Unterhaltsbestimmung (§ 1612 II, 2) und die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach Beendigung der Vormundschaft im ZBlFG., Bd. 17, S. 285. Josef, Rechtsprechung und Rechtslehre in der Frage über die wechselseitige Einwirkung von Entscheidungen in der freiwilligen und in der streitigen Gerichtsbarkeit aufeinander, in: ZZP. 40/293; Schlegelberger zu § 16, 11 FGG.; JW. 1903, Beil. S. 29; Wedermann, a. a. O., S. 5.

80) Recht 1906, Nr. 2128; OLG. 30/62; Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, S. 135.

81) Recht 1906, Nr. 2128.

Bedürftigkeit des Vaters und wegen Vorhandenseins anderer unterhaltspflichtiger Verwandter (§ 1603, Abs. II, S. 2) verneint; der Vormundschaftsrichter dagegen bei derselben Sach- und Rechtslage geneigt ist, die Unterhaltspflicht zu bejahen und dem Vater wegen deren Verletzung die Vermögensverwaltung und die Nutznießung am Kindesvermögen zu entziehen (§ 1666, Abs. II).

In diesem Fall hat der Vormundschaftsrichter nicht die Befugnis, dem Vater des Minderjährigen die Vermögensverwaltung und Nutznießung zu entziehen. Täte es der Vormundschaftsrichter doch, so würde er den Vater wegen Verletzung einer vermeintlichen Unterhaltspflicht strafen, deren Existenz von keinem deutschen Prozeßgericht anerkannt und deren Erfüllung von keiner deutschen Behörde erzwungen werden darf. Eine andere Beurteilung ist dann allerdings geboten, wenn seit dem für die Urteilskraft maßgebenden Zeitpunkt eine solche Änderung der Verhältnisse eingetreten ist, daß auch der Prozeßrichter an das Urteil nicht mehr gebunden sein würde [82]).

Wählt der Vater eine für das Kind unausführbare Art der Unterhaltsgewährung, — z. B. Naturalleistung gegenüber einem Kind, das mit Recht von ihm ferngehalten wird (§§ 1635 I, 1666 I), so ist es rechtlich so anzusehen, als wäre eine Bestimmung über die Art der Unterhaltsgewährung nach § 1612 II, 1 überhaupt nicht getroffen [83]). Daraus folgt, daß das unverheiratete minderjährige Kind, vertreten durch den Pfleger, solche Bestimmung des Vaters unbeobachtet lassen kann und, ohne daß eine vorherige Abänderung der vom Vater getroffenen Bestimmung durch das Vormundschaftsgericht notwendig ist, nach § 1612 I, 1 auf Zahlung einer Geldrente klagen

82) Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, S. 125, 127, 128, Anm. 128.

83) RGZ. 57/77; 74/77; OLG. 33/359; Recht 1917, Nr. 231; JW. 1901/870.

kann[84]). Zuständig zur Entscheidung über den Anspruch des Kindes auf Geldunterhalt ist in diesem Falle nur das Prozeßgericht[85]). Hat dagegen der Vater, nachdem er sich für Gewährung des Unterhalts in Natur entschieden hat, alles getan, was ihm vernünftigerweise zuzumuten ist, um das Kind in seine tatsächliche Gewalt zu bekommen und vereitelt das Kind schuldhafterweise (z. B. durch wiederholtes Davonlaufen) diesen Erfolg, so kann die Gewährung des Unterhalts durch Entrichtung einer Geldrente nicht beansprucht werden[86]). Das Gleiche gilt, wenn das Kind unberechtigterweise von der Mutter verborgen gehalten wird[87]). Im letzteren Falle ist die Sachlage jedoch wieder eine andere, wenn zwar die Mutter das Kind dem unterhaltspflichtigen Vater ohne Recht vorenthält, dieser aber noch nicht eine Klage auf Herausgabe des Kindes angestrengt hat. Der Vater muß daher gleichwohl den Unterhalt in Gestalt einer Geldrente zahlen, da man das Kind das Verhalten seiner Mutter nicht entgelten lassen kann[88]).

Damit soll die Abhandlung über die gesetzliche Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber den gemeinschaftlichen Kindern abgeschlossen sein. Selbstverständlich gibt es noch Unterhaltsansprüche im BGB., die außerhalb des Titels „Unterhaltspflicht" geordnet sind. Solche Vorschriften finden wir sowohl noch im Fa-

---

84) OLG. 2/92; 4/84; 9/456, 57; 14/247; 17/264; 24/53; 42/89; 90. WarnE. 1911, Nr. 41; LZ. 1923/451; JW. 1901/870 ff.; KGJ. 46/A. 23; DJZ. 1912/1413; Recht 1902, Nr. 2801; 1903, Nr. 1270; 1906, Nr. 164; 1906, Nr. 474; 1906, Nr. 2859; 1907, Nr. 1044; 1910, Nr. 96; SeuffArch. Bd. 59, Nr. 206; Bd. 31, Nr. 43; Bd. 42, Nr. 213; Bd. 53, Nr. 16; Goldmann-Lilienthal, § 35 IV, Anm. 60; Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch § 97, 2; Soergel zu § 1612, 3; RGRKomm. zu § 1612, 2; Staudinger zu § 1612, 2 b β.

85) Busch, a. a. O., S. 200; JW. 1911/53, 52; WarnKomm. zu § 1612, II; Wedermann, a. a. O., S. 5.

86) SeuffArch. 68, Nr. 238; Staudinger zu § 1612, 2 b β.

87) SeuffArch. 69, Nr. 217; RGRKomm. zu § 1612, 2.

88) Endemann, a. a. O., § 197 6, Anm. 49; HansGZ. 1905, B. 94; OLG. 26, S. 235; Hagemann, a. a. O., S. 411; SeuffArch. 73/138.

milienrecht in dem Unterhaltsanspruch des Ehegatten und des geschiedenen Ehegatten — §§ 1360, 1361, 1578 ff. —, im Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes gegen den Vater – §§ 1703, 1708 ff. – wie im Erbrecht in dem Anspruch der Mutter des ungeborenen Erben — §§ 1963, 2141 — und dem Unterhaltsanspruch des Erben gemäß § 1969. Auf diese genannten Vorschriften wird in vorliegender Arbeit nicht eingegangen.

§ 4. Das Personensorgerecht während bestehender Ehe im Normalfall.

I. ABSCHNITT:

Inhalt der Sorge für die Person des Kindes.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt nicht mehr die väterliche, sondern nur noch eine elterliche Gewalt und unterstellt das Kind dieser Gewalt während der Dauer der Minderjährigkeit (§ 1626)[89]. Sie besteht aus der Sorge für die Person, der Sorge für das Vermögen und der Nutznießung am Kindesvermögen (§§ 1627, 1649). Die Sorge für die Person des Kindes umfaßt die Fürsorge für alle persönlichen Angelegenheiten des Kindes im Gegensatz zu den Angelegenheiten, die das Vermögen des Kindes betreffen. Das Gesetz hat es nicht unternommen, den Inhalt der Personensorge allgemein festzulegen. Das konnte auch nicht seine Aufgabe sein. „Welche Angelegenheiten des Kindes zu seinen persönlichen zu rechnen sind, läßt sich bei der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht kasuistisch bestimmen“[90]. Eine umfassende Definition gibt Opet, indem er sagt[91]: „Die Personensorge ist die Summe derjenigen Rechte und Pflichten, deren Betätigung die leibliche und geistige Existenz des Kindes bis zum Eintritt der Volljährigkeit derart zu fördern bestimmt ist, daß

89) Endemann, a. a. O. II, Elterliche Gewalt, Vorbem. 4; Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, § 606 II; RGRKomm. zu § 1626, 1; Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch, § 78 VI. Gimmerthal, a. a. O., S. 388.

90) Planck zu § 1627, Anm. 1.

91) Opet, a. a. O., S. 182.

die durch die Rechtsordnung an diesen Termin geknüpfte Erwerbung der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit das Kind in einem dieser Erweiterung seiner rechtlichen Sphäre angemessenen Zustand trifft."

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat nur einige dieser Rechte und Pflichten besonders hervorgehoben, ohne jedoch erschöpfend zu sein. So hat es zunächst das Recht der Vertretung hervorgehoben (§ 1630 I), das sich aus dem Sorgerecht für die Person ergibt. Weiter umfaßt die Sorge für die Person gemäß § 1631 I das Recht und die Pflicht[92]), das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Die Erziehungsgewalt umfaßt nach den Motiven[93]) zum Bürgerlichen Gesetzbuch: „Die Pflicht und das Recht, in einer dem Interesse, den Fähigkeiten und Anlagen sowie den sonstigen Verhältnissen des Kindes entsprechenden Weise für die körperliche, geistige und insbesondere auch sittliche Ausbildung des Kindes zu sorgen, dasselbe zu einem bestimmten Lebensberufe fähig zu machen und zur Erreichung dieser Ziele überhaupt die Handlung des Kindes zu leiten". Zur Sorge für das geistige Wohl des Kindes gehört nicht nur die allgemeine Erziehung seines Charakters, Geistes und Gemütes, sondern auch seine berufliche Ausbildung in einer seinen Kenntnissen und Fähigkeiten sowie den Lebensverhältnissen der Eltern entsprechenden Weise[94]).

Um die zum Zwecke der Erziehung gefaßten Beschlüsse dem Kinde gegenüber wirksam zur Durchführung zu bringen, unterstützt das Recht den Vater in dieser Erfüllung. Es ge-

---

92) Das Kind kann jedoch diese Pflicht des Vaters nicht im Klagewege zur Geltung bringen; auch kann es nicht gegen seinen Vater auf Abschließung eines Lehrvertrages für sich klagen. Verletzt der Vater seine Fürsorgepflicht, so besteht lediglich eine Schadensersatzpflicht für ihn oder aber veranlaßt ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts (SeuffArch. 65, S. 328).

93) Mot. IV/750; Riß, a. a. O., S. 119.

94) Knitschky, a. a. O., S. 151; Kleifeld, a. a. O., S. 95; Eck, Die elterliche Gewalt im BGB., S. 40.

stattet ihm, angemessene Zuchtmittel gegen das Kind anzuwenden (§ 1631 II, 1), nötigenfalls mit Hilfe des Vormundschaftsgerichts (§ 1631 II, 2). Worin diese Zuchtmittel bestehen, ist reichsrechtlich nicht festgelegt; das Landesrecht kann ergänzende Vorschriften gemäß § 200 FGG. geben. Die Zurückführung des entlaufenen Kindes mittels obrigkeitlicher Hilfe ist zulässig [95]); zulässig mit Zustimmung des Vaters auch Unterbringung in eine Anstalt oder Familie [96]). Der leitende Gedanke bei der Unterstützung des Vaters muß jedoch ausschließlich das Interesse des Kindes sein [97]). Im Zivilprozeßwege auf Befolgung seiner Anordnungen kann der Vater gegen das Kind nicht klagen [98]).

Es ergibt sich von selbst, daß, wenn der Vater seiner Aufgabe gerecht werden will, er auch die tatsächliche Verfügungsgewalt über sein Kind besitzen muß. Das Recht hat diesem Erfordernis Rechnung getragen und in § 1632 bestimmt, daß er die Herausgabe des Kindes von jedem verlangen kann, der es ihm widerrechtlich vorenthält [99]). Das Recht der Herausgabe geht indes verloren, wenn dem Vater das Recht der Personensorge nicht mehr zusteht. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 1632. Selbst dann kann der Vater die Herausgabe nicht verlangen, wenn ihm im übrigen die Sorge für das Vermögen und die Vertretung des Kindes verblieben ist. Sein Klagerecht ist gleicherweise aufgehoben, wenn nur eine einstweilige Entziehung der Personenfürsorge angeordnet ist [100]).

---

95) OLG. 1/366; DJZ. 1913/356; Recht 1916, Nr. 1152.

96) OLG. 3/103.

97) ZBlFG. 3/720. Mot. IV, S. 754.

98) KGJ. 49/24.

99) Dernburg, Deutsches Familienrecht, § 24 IV; Eck, Die elterliche Gewalt im BGB., S. 56; im ArchbürgR. Bd. 41, S. 56; Enneccerus-Kipp-Wolff, IV. Bd., § 79 IV.

100) GruchBeitr. 50/1002; OLG. 24/40, 41.

II. ABSCHNITT.

Berechtigter des Sorgerechts.

Die Sorge für die Person des Kindes steht nach dem Willen des Gesetzgebers Vater und Mutter gemeinsam zu. Beiden sind Rechte und Pflichten auferlegt, denen sie sich als rechte Eltern und Ehegatten voll zu widmen haben, und die Personensorge der Mutter ist genau so selbständig und ebenso ein eigenes Recht wie das des Vaters [101]). Die Mutter hat ein selbständiges, nicht nur ein geborgtes oder abgeleitetes Recht gegenüber dem Vater. Das zeigt sich vor allem darin, daß die elterliche Gewalt nach dem Tode des Vaters auf die Mutter übergeht (§ 1684 I, Nr. 1).

Freilich, wie unter den Ehegatten selbst nur einer das Haupt sein kann, so ist auch hier eine natürliche Unterordnung der Frau unter den Mann angeordnet. Auch den Kindern gegenüber kann nur einer der Ehegatten das Familienhaupt sein. Und das ist der Vater. Demnach hat das Gesetz die Ausübung der elterlichen Gewalt hauptsächlich dem Vater zugedacht [102]). Ausgeschaltet ist der Einfluß der Mutter während dieser Zeit jedoch nicht. Sie äußert sich in natürlicher Kontrolle der Maßregeln des Vaters und in der tatsächlichen Fürsorge für das persönliche Wohlbefinden des Kindes. Allerdings geht bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern die vom Vater getroffene Entscheidung vor (§ 1634, S. 2). Dieser Entscheidung muß sich die Mutter fügen [103]). Sie kann nicht das Prozeßgericht

---

101) André, a. a. O., S. 22; Staudinger zu § 1634, 1; Planck, II, Elterliche Gewalt, Vorbem. 4 und ders. zu § 1634, 5; Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch, IV. Bd., § 79, VI.

102) In den §§ 1627 ff. wird zunächst die elterliche Gewalt des Vaters behandelt, erst weiterhin in den §§ 1684 ff. die der Mutter.

103) Planck zu § 1634, 4; Staudinger zu § 1634, 1; Gimmerthal, a. a. O., S. 395.

anrufen, damit dieses entscheide, wessen Meinung die richtigere sei. Letzteres ist allerdings nur richtig, wenn durch das Verhalten des Vaters das Wohl des Kindes nicht gefährdet wird [104]).

Daraus, daß die Fürsorge für das Kind Recht und Pflicht des Vaters ist, geht hervor, daß er nicht einseitig noch vertragsmäßig darauf verzichten kann [105]). Ein solcher Verzicht müßte als nichtig angesehen werden; ebenso müßte ein Vertrag der Nichtigkeit anheimfallen, durch den der Vater sein Fürsorgerecht einem Dritten übertragen würde. Erlaubt ist ihm jedoch die Übertragung der Ausübung des Rechtes. Eine solche Übertragung ist weder verboten noch verstößt sie gegen die guten Sitten. Denn es handelt sich nicht um die Übertragung des Rechtes als solchen, sondern nur um dessen Ausübung, und der Gewalthaber kann die Ausübung jederzeit widerrufen. Ungültig würde nur der Vertrag sein, durch den der Widerruf der Übertragung der Ausübung ausgeschlossen [106]) bzw. unsittlich wäre, wenn sich der Gewalthaber ein Entgelt für die Übertragung der Erziehungsgewalt ausbedungen hätte [107]).

Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang, daß eine Teilung der Ausübung der elterlichen Gewalt allerdings möglich ist [108]). So kann die Vertretung von der sonstigen Fürsorge (§ 1633) oder die Personen- von der Vermögensfürsorge getrennt werden (§§ 1628, 1629). Letzteres soll im folgenden näher untersucht werden.

---

104) Opet-v. Blume zu § 1634, 6.

105) Engelmann, Familienrecht zu § 1627, 2; Endemann, a. a. O., § 199; 1 a; JW. 1925/2115, Nr. 6; Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch, IV. Bd., § 79, V; Staudinger zu § 1627, Anm. 4; GruchBeitr. 50/982; Dernburg, Deutsches Familienrecht zu § 74, V.

106) Mot. IV/752.

107) JW. 1904/256.

108) Opet-v. Blume, a. a. O., S. 501.

III. ABSCHNITT.

Entscheidung bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Vater und Pfleger in bezug auf eine sowohl die Person als auch das Vermögen des Kindes betreffende Angelegenheit.

Nach § 1628 sind der Fürsorge des Gewalthabers diejenigen Angelegenheiten des Kindes entzogen, für die ein Pfleger bestellt ist. Steht nun entweder die Sorge für die Person oder die Sorge für das Vermögen des Kindes einem Pfleger zu [109]), so können über Angelegenheiten, welche gleichzeitig Person und Vermögen des Kindes betreffen, Meinungsverschiedenheiten zwischen Gewalthaber und Pfleger entstehen. Als Beispiele seien angeführt: Meinungsverschiedenheiten über die Wahl eines bestimmten Berufes, dessen Ergreifung besondere Aufwendungen erfordert [110]) oder auch Meinungsverschiedenheit zwischen Vater und Pfleger über das Maß der zum Unterhalt des Kindes zu verwendenden Mittel [111]). Zur Entscheidung dieser Meinungsverschiedenheiten ist das Vormundschaftsgericht (§ 1629) berufen [112]).

§ 1629 ist jedoch unanwendbar, wenn die Meinungsverschiedenheit sich auf die Vornahme einer Handlung bezieht, die nur die Person oder nur das Vermögen des Kindes betrifft [113]). In diesem Falle geht die Meinung desjenigen der streitenden Teile vor, in dessen Tätigkeitsfeld die Handlung fällt. Steht dem Pfleger die Sorge für die Person zu, so hat über die Vornahme einer die Person betreffenden Handlung — z. B. über die Ein-

---

109) §§ 1638, 1647, 1666—1670, 1693, 1760 II, 1909 I.

110) Engelmann, Familienrecht zu § 1629, 1; Staudinger zu § 1629, 1.

111) Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch, § 83 VII; OLG. 14/248; KGJ. 28/A. 293; 33/A. 9.

112) Endemann, a. a. O., § 227, 4; OLG. 12/351.

113) KGJ. 33/A—12.

schulung des Kindes - der Pfleger zu entscheiden, während über die Vornahme einer das Vermögen betreffenden Handlung — z. B. die Anlegung von Kapital - der Inhaber der elterlichen Gewalt zu entscheiden hat. Umgekehrt hat, wenn dem Pfleger die Sorge für das Vermögen zusteht, über die Vornahme einer das Vermögen betreffenden Handlung er allein zu entscheiden, während über die Vornahme einer die Person betreffenden Handlung der Inhaber der elterlichen Gewalt zu bestimmen hat. Mithin kann in diesen Fällen der Inhaber der elterlichen Gewalt eine abweichende Meinung des Pflegers, der Pfleger eine abweichende Meinung des Inhabers der elterlichen Gewalt unberücksichtigt lassen.

Das Vormundschaftsgericht ist, wie wir bereits ausgeführt haben, nur zuständig im Falle einer Meinungsverschiedenheit zwischen Inhaber der elterlichen Gewalt und Pfleger, wenn die vorzunehmende Handlung sowohl Person als auch Vermögen des Kindes betrifft. Das Vormundschaftsgericht ist jedoch nur befugt, entweder der Meinung des Pflegers oder der des Vaters beizutreten, eine dritte neue, selbständige Maßregel darf es nicht anordnen [114]), unbeschadet seines Rechtes, auf Grund des § 1666 einzugreifen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen [115]). Daß das Vormundschaftsgericht nicht zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Pfleger und Inhaber der elterlichen Gewalt berufen ist, ist selbstverständlich [116]). Die Entscheidung hierüber ist dem Prozeßrichter zugewiesen.

Ergibt sich dagegen, abgesehen von dem Falle des § 1629, eine Meinungsverschiedenheit zwischen Vater und Pfleger über

---

114) RGRKomm. zu § 1629, 1; Staudinger zu § 1629, 2; Achilles-Greiff zu § 1629, 2; OLG. 40/39.

115) Mot. IV/1095; Fischer-Henle zu § 1629, Note 3.

116) Fischer-Henle zu § 1629, 2; Staudinger zu § 1629, 2; OLG. 3/248.

die Vornahme einer den Wirkungskreis beider berührenden Maßregel, so muß dieselbe unterbleiben, sofern nicht das Vormundschaftsgericht auf Grund seines allgemeinen Aufsichtsrechts (§§ 1665, 1837) eingreifen kann [117]).

Aus dem Grundgedanken des § 1629 darf geschlossen werden, daß überall da, wo Personenfürsorge und Sorge für das Kindesvermögen verschiedenen Personen zusteht, eine Meinungsverschiedenheit durch das Vormundschaftsgericht zu entscheiden ist. Hiernach ist § 1629 entsprechend anwendbar bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen Gewalthaber und Mutter gemäß den §§ 1635 und 1637 und zwischen Mutter und Vormund gemäß den §§ 1696, 1697 und § 1707 [118]). Bei derartigen Meinungsverschiedenheiten hat das Vormundschaftsgericht Entscheidung zu treffen. Allerdings ist im BGB., wie schon ausgeführt, eine dahingehende ausdrückliche Bestimmung nur für den Fall getroffen, daß die Meinungsverschiedenheit zwischen dem Vater und dem Pfleger, welchem die Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes zusteht, vorhanden ist (§ 1629), sowie für den weiteren Fall, daß die Sorge für die Person und die Sorge für das Vermögen des Mündels verschiedenen Vormündern zusteht, und unter ihnen über die Vornahme einer sowohl die Person als das Vermögen des Mündels betreffenden Handlung eine Meinungsverschiedenheit besteht (§ 1798). Die Bestimmung des § 1629 ist aber auf den Fall entsprechend anzuwenden, wenn beispielsweise die Sorge für die Person des Kindes der Mutter und die Sorge für das

117) Staudinger zu § 1629, 4; Engelmann, Familienrecht zu § 1629, Anm. 1. Ein solcher Fall liegt z. B. vor, wenn die Verwaltung eines Grundstücks gemäß § 1638 dem Vater entzogen ist und der Pfleger eine auf dem Grundstück ruhende Hypothek zurückzahlen will, während der Vater die hierzu erforderliche Jnangriffnahme des Kapitalvermögens des Kindes verweigert.

118) RJA. 8/9; OLG. 14/248, 49; 26/268; KGJ. 33/A. 9; Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch, IV. Bd., § 83, VII.

Vermögen des Mündels dem Vormunde zusteht[119]). Der § 1629 enthält allerdings eine Ausnahmevorschrift insofern, als er bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den beiden dort genannten sorgeberechtigten Personen hinsichtlich einer beide Gebiete der Sorge betreffenden Angelegenheit das Vormundschaftsgericht auch zur Entscheidung bloßer Zweckmäßigkeitsfragen beruft, während dem Vormundschaftsgerichte diese Befugnis sonst nicht zusteht. Daraus ist aber nicht zu folgern, daß die Vorschrift nur dann zu gelten habe, wenn die Sorge für die Person des Kindes dem Vater, nicht aber auch dann, wenn sie der Mutter zusteht. Denn sowohl dem Vater als der Mutter verbleibt das Recht der Sorge für die Person des Kindes als ein Recht der elterlichen Gewalt. Weshalb dann die Mutter bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen ihr und dem Vormund anders gestellt sein soll, wie der Vater bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen ihm und dem Pfleger, ist gegenüber der Bestimmung des § 1686, wonach auf die elterliche Gewalt des Vaters geltenden Vorschriften Anwendung finden, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht einzusehen. Für die entsprechende Anwendung des § 1629 bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen der Mutter und dem Vormunde spricht aber auch der Umstand, daß im § 1798 die gleiche Bestimmung für die Entscheidung bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen verschiedenen sorgeberechtigten Vormündern getroffen worden ist. Denn aus der gleichen Regelung in diesen beiden Fällen ist zu entnehmen, daß überall dort, wo die Sorge für das Vermögen und die Sorge für die Person verschiedenen Personen zusteht, eine Meinungsverschiedenheit zwischen ihnen über eine beide Gebiete der Sorge betreffenden Angelegenheit von dem Vormundschaftsgericht entschieden werden soll, zumal der Zweck der Bestimmungen offenbar der ist, im Interesse des Kindes zu verhindern, daß eine Ver-

119) Planck zu § 1629, Anm. 3.

waltungsmaßregel, welche sowohl die Person als das Vermögen des Kindes betrifft, wegen einer Meinungsverschiedenheit zwischen mehreren sorgeberechtigten Personen unterbleiben oder auf dem umständlichen, mit erheblichen Kosten verbundenem Wege des Prozesses durchgesetzt werden muß [120]).

120) Staudinger zu § 1629, 1.

§ 5. Der Anspruch des Vaters auf Herausgabe des Kindes

I. ABSCHNITT:

gegen einen Dritten.

Wie wir bereits im § 4 Abschnitt I ausgeführt haben, ist der Herausgabeanspruch des Vaters an den Besitz der Sorge für die Person des Kindes gebunden. Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruchs ist aber, daß auf Seiten des Fürsorgeberechtigten die tatsächliche Personenfürsorge steht. Der Herausgabeanspruch kann sich gegen jeden richten, der nicht Inhaber der elterlichen Gewalt ist und die Herausgabe mittelbar oder unmittelbar verweigert [121]). Rein untätiges Verhalten auf Seiten des Nichtsorgeberechtigten genügt nicht [122]). Dagegen erstreckt sich der Herausgabeanspruch des Vaters nicht auf seine unehelichen Kinder, da diese nicht in seiner elterlichen Gewalt stehen. Erlangt das uneheliche Kind durch Legitimation — dies geschieht entweder dadurch, daß der Vater mit der Mutter die Ehe schließt (§ 1719) oder daß das Kind für ehelich erklärt wird (§ 1736) — die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes, so wird auch dadurch die elterliche Gewalt des Vaters über das Kind begründet, und sein Herausgabeanspruch erstreckt sich somit auch auf diese legitimierten Kinder. Gegenüber einer verheirateten, minderjährigen Tochter fällt die Personensorge in tatsächlicher Beziehung weg; die Sorge für

---

121) RGRKomm. zu § 1632, I; Josef in ZZP. 35, S. 532.

122) WarnE. 1917, Nr. 250 und WarnE. 1924, Nr. 130.

die Person beschränkt sich auf die Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten (§ 1633). Der Vater kann somit auch nicht die Herausgabe einer verheirateten Tochter von ihrem Ehemann oder sonstwie von einem Dritten verlangen [123]).

II. ABSCHNITT:

gegen die Mutter.

Während der Herausgabeanspruch gegen einen Dritten äußerst selten ist, kommt er in den weitaus meisten Fällen gegen die Mutter vor [124]). Dies jedoch nur in den Fällen, daß die Ehegatten tatsächlich getrennt leben oder geschieden sind. Erst beim Vorliegen derartiger Voraussetzungen pflegen solche Streitigkeiten unter den Eltern zu entstehen. Die Gründe für eine solche Trennung liegen regelmäßig in dem Gattenverhältnis begründet; gleichzeitig werden dadurch aber auch die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern, weil sie eben auf ein Zusammenleben aller Familienmitglieder zugeschnitten sind, in erheblicher Weise beeinflußt.

Im folgenden soll in eine Erörterung eingetreten werden, wie sich das Personensorgerecht bei einem bloß tatsächlichen Getrenntleben der Ehegatten gestaltet.

123) Planck zu § 1632, 2; Eck, Die elterliche Gewalt im BGB. nach Inhalt und Zuständigkeit, S. 28.

124) Friedemann-Braun, a. a. O., S. 1127.

§ 6. Rechtliche Gestaltung des Personensorgerechts während bestehender Ehe bei tatsächlichem Getrenntleben der Ehegatten.

I. ABSCHNITT.

Anspruch des Vaters auf Herausgabe der Kinder, die die Mutter bei der tatsächlichen Trennung mit sich genommen hat.

Wenn die Ehegatten bloß tatsächlich getrennt leben, so bleiben die gesetzlichen Bestimmungen, die während der Ehe gelten, weiter wirksam. Denn ein nur tatsächliches Getrenntleben der Ehegatten ist im Gesetze nicht besonders berücksichtigt worden [125]). Der Vater hat also nach wie vor Recht sowie Pflicht, für die Person der Kinder zu sorgen. In tatsächlicher Weise wird ihm jedoch die Ausübung sehr erschwert. Mit Rücksicht auf diesen Umstand sowie auf seine Pflicht, den Kindern Unterhalt zu gewähren, wird er dafür Sorge zu tragen haben, daß die Kinder wieder in seinen Haushalt zurückkehren. Aus diesem Grunde wird er in fast sämtlichen Fällen gegen die Mutter Klage auf Herausgabe der Kinder gemäß § 1632 erheben. Die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs muß, da es sich um ein reines Privatrecht des Vaters handelt, im ordentlichen Prozeßverfahren erfolgen [126]). Der Herausgabeanspruch ist nur durch

---

125) Crome, System, IV, § 566, Abschn. 1; Knitschky, a. a. O., S. 156; OLG. 4/103.

126) Staudinger zu § 1632, 3; Planck zu § 1632, 1; Dronke, a. a. O., S. 511; SeuffArch. 74, Nr. 738; KGJ. 29/A. 200; Recht 1906, Nr. 944; 1908, Nr. 1817.

Klage verfolgbar [127]), aber nicht, wie im römischen Recht und nach herrschender Ansicht im gemeinen Recht in der Form einer rei vindicatio oder eines ebenfalls sachenrechtlich gestalteten interdictum de liberis exhibendis aut ducendis, sondern entsprechend der modernen deutschen Auffassung von der elterlichen Gewalt als eines Amtes als ein rein familienrechtlicher Anspruch. Das Recht, die Herausgabe des Kindes zu verlangen, ist ein Anspruch im Sinne des § 194 I BGB., der nur im ordentlichen Rechtsstreit durchzusetzen ist. Das Vormundschaftsgericht ist hierfür nicht zuständig, da das Gegenteil nicht ausdrücklich im § 1632 hervorgehoben ist [128]). Da das Gesetz die Entscheidung über den Herausgabeanspruch dem Prozeßgericht überwiesen hat, ist auch anzunehmen, daß es das gleiche tut bezüglich der Entscheidung darüber, ob in der Beanspruchung der Herausgabe ein Mißbrauch liegt [129]). Das ist aber für das Vormundschaftsgericht kein Grund, nicht auf Grund des § 1666 einschreiten zu können, wenn es seinerseits einen Mißbrauch des Sorgerechts feststellt [130]).

Der Vater ist für diesen Prozeß aktiv legitimiert, wenn er im Besitze der tatsächlichen Sorge für die Person des Kindes ist. Der Nachweis, daß ihm die tatsächliche Personensorge für das Kind zusteht, gilt dann bereits als erbracht, wenn er das Bestehen eines ehelichen Kindschaftsverhältnisses zwischen sich und dem zur Herausgabe verlangten Kinde sowie dessen Minderjährigkeit dargetan hat. Denn unter diesen Voraussetzungen ist die Existenz einer elterlichen Gewalt und einer dem Vater gebühren-

127) Dernburg, Pand. III, § 36; Windscheid-Kipp, III, § 52, Note 6; André, a. a. O., S. 23.

128) Engelmann, Die Zuständigkeit für die Regelung des Verkehrs zwischen Eltern und Kind bei Bestehen der Ehe im Recht, 1909, S. 566. Dronke, a. a. O., S. 515; Busch, a. a. O., S. 196; RGE. 46/168.

129) André, a. a. O., S. 31.

130) GruchBeitr. 47/978; Schlegelberger zu § 12, Note 16 FGG.

den tatsächlichen Personensorge über das Kind als der gesetzliche Zustand ohne weiteres als vorhanden anzunehmen [131]).

Passiv legitimiert ist derjenige, welcher das Kind dem Vater mittelbar oder unmittelbar vorenthält. Ob die Vorenthaltung von vorneherein widerrechtlich ist oder nicht, kommt für die Passivlegitimation nicht in Betracht, da hierüber die Meinungen des Klägers und des Beklagten fast immer auseinandergehen werden. Und diese Frage soll ja auch erst im Laufe des Rechtsstreites geklärt werden. Während der Kläger nur die Tatsache der Vorenthaltung darzulegen verpflichtet ist, muß der Beklagte den Ausschluß der Widerrechtlichkeit beweisen, wenn er ein Recht zur Vorenthaltung behauptet. Meistens werden es Verfügungen des Prozeßgerichts nach § 627 ZPO. oder Anordnungen des Vormundschaftsgerichts auf Grund der §§ 1635 I, 1637, 1666 I sein, die ihm ein solches Recht geben. Aber auch wenn erst während des Herausgabeprozesses vor derjenigen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, dem Vater durch das Vormundschaftsgericht die tatsächliche Sorge für die Person der Kinder entzogen wird, so ist seine Klage ohne Prüfung, ob die Anordnung des Vormundschaftsgerichts gerechtfertigt war oder nicht, als unbegründet abzuweisen [132]). Ob die dem Vater entzogene Personensorge dem Beklagten oder einem Dritten übertragen ist, ist gleichgültig. Das Wesentliche ist, daß dem Vater dadurch die Grundlage für seine Klage entzogen, er also nicht mehr aktiv legitimiert ist.

Richtet sich nun das Herausgabeverlangen gegen die Mutter, so hat sie gegenüber dem an sich aus der elterlichen Gewalt begründeten Anspruche des Vaters ihr Recht zur Vorenthaltung des Kindes, d. h. daß diese nicht eine widerrechtliche i. S. des § 1632 ist, nachzuweisen.

---

131) Opet, a. a. O., S. 214; Eck, Die elterliche Gewalt im BGB. Ihr Inhalt und ihre Zuständigkeit, S. 58.

132) Staudinger zu § 1632, 2 b β; OLG. 8/350.

Die Einwendungen, die die Mutter dem Vater auf dessen Anspruch entgegenzuhalten pflegt, sind vor allem folgende: sie sei zu dieser Trennung berechtigt — eine unstatthafte Einwendung aus dem ehelichen Verhältnisse [133]) —, der Vater habe auf die ihm zustehende Sorge für die Person der Kinder verzichtet — eine ebenfalls im Prozeß auf die Herausgabe des Kindes unstatthafte Einwendung — ferner, die Herausgabe widerstreite dem Interesse des Kindes. Dieses letzte Vorbringen kann allerdings dann beachtlich sein, wenn in dem Herausverlangen des Vaters ein Mißbrauch der Sorge für die Person des Kindes liegt. Jedoch auch hier ist es überflüssig, den Rechtsgrund für diesen Einwand in einer analogen Anwendung des § 1354, II suchen zu wollen [134]). Vielmehr läßt er sich einfacher als exceptio doli generalis dahin zur Geltung bringen, daß in dem Herausgabeverlangen eine gegen die beklagte Mutter gerichtete Schikane gefunden werden muß [135]). Die Klage soll in diesem Falle nur den einen Zweck verfolgen, einen Druck auf die Mutter auszuüben, um sie zur Rückkehr zu bewegen. Das Gleiche gilt für den weiteren Fall, daß festgestellt wird, daß die Kinder bei der Mutter mindestens ebensogut wie bei dem Vater aufgehoben sind und, daß dieser bei Ausübung seines Rechtes auf die berechtigten Interessen der übrigen Familienmitglieder nicht die gebührende Rücksicht nimmt. Die notwendige Prüfung würde in diesen besonders gelagerten Fällen dem Prozeßgericht obliegen.

Den empfehlenswertesten Schutz gegen den besprochenen Mißbrauch des Sorgerechts bietet die Anrufung des Vormundschaftsgerichts, das auf Grund des § 1666, falls die erforderlichen Voraussetzungen nachgewiesen werden, die zweckmäßigste

133) SeuffArch. Bd. 14, Nr. 83; Wetzel, a. a. O., S. 78.

134) RGE. 55/419.

135) OLG. 18/280; RGE. 55/419; JW. 07/6; Recht 1917, Nr. 2024; GruchBeitr. 64/117.

Unterbringung der Kinder anordnet. Auf jene Entscheidung kann die verklagte Mutter sich einredeweise berufen; aus dieser Entscheidung des Vormundschaftsgerichts folgt ihr Recht zur Vorenthaltung, die dann keine widerrechtliche ist. An die Verfügung des Vormundschaftsgerichts ist das Prozeßgericht gebunden; die vom Vater auf Herausgabe angestrengte Klage ist daher ohne weitere Prüfung abzuweisen [136]). Dasselbe gilt, wenn nicht die Mutter, sondern ein Dritter, beispielsweise die Eltern der Mutter, dem Vater das Kind vorenthalten; denn durch jene Verfügung des Vormundschaftsgerichts ist dem Vater die Legitimation zum Herausgabeanspruch entzogen.

Hier ist also ausgesprochen, daß in den Fällen, in denen der Vater sein Fürsorgerecht mißbraucht, nur das Vormundschaftsgericht zum Eingreifen berechtigt und verpflichtet ist. Dem Prozeßgericht steht weder die Befugnis zu, die vormundschaftsgerichtliche Entscheidung nachzuprüfen noch durch Urteil darüber zu entscheiden, ob der Vater sich eines Mißbrauchs der elterlichen Gewalt schuldig gemacht hat. Hierzu ist nach den §§ 1666, 1635 I, 2 – ohne Rücksicht, ob die Ehe besteht und die Ehegatten nur tatsächlich getrennt leben oder die Ehe geschieden ist — ausschließlich das Vormundschaftsgericht zuständig [137]).

Sachgemäß wird das Vormundschaftsgericht, wenn es von der auf Herausgabe beklagten Mutter um Erlaß des Beschlusses auf Entziehung der Sorge angegangen wird, zunächst die einstweilige Anordnung [138]) erlassen, wonach das Kind bis zur endgültigen Beschlußfassung des Vormundschaftsgerichts bei der Mutter zu verbleiben hat, diese aber weitere

136) Josef in ZZP. Bd. 35, S. 532; Dronke, a. a. O., S. 514; Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, § 5, S. 34, Anm. 2, § 8, S. 135; ders. Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile, § 7, S. 97, § 15, S. 183/84.

137) GruchBeitr. Bd. 47, S. 978; DJZ. 1904/414; Recht 1905, Nr. 53; Recht 1912, Nr. 1022; Recht 1917, Nr. 641; OLG. 32/15.

138) RJA. 1/93.

Rechte aus der Anordnung nicht herleiten, insbesondere die Anordnung nicht zur Begründung des Antrages auf Abweisung der Klage gebrauchen kann.

Das Verhältnis von Prozeß- und Vormundschaftsgericht wird sich in der Regel daraus ergeben, daß ersteres entscheidet, weil das Vormundschaftsgericht mangels Kenntnis noch nicht hat eingreifen können. Damit bekommt die Entscheidung des Prozeßgerichts vorläufigen Charakter; das Vormundschaftsgericht kann sie jederzeit ändern, soweit es im Interesse des Kindes liegt. Besonders hier muß man sich vor einem Hin und Her von Entscheidungen hüten. Einmal ist solches Verfahren dem Ansehen der Gerichte nicht förderlich [139]), sodann stört jeder Umgebungswechsel die zu erstrebende Gleichmäßigkeit des Erziehungsganges.

Das Verfahren, in dem das Prozeßgericht über den Herausgabeanspruch des Vaters entscheidet, läuft auf dem gewöhnlichen Wege. Es hat mit den Besonderheiten des 6. Buches der ZPO. nichts zu tun.

Verbleiben also die Kinder bei der Mutter, so muß sie dem Vater Gelegenheit geben, die Kinder zu sehen und sich mit ihnen auszusprechen. Häufigkeit und Dauer der Zusammenkünfte wird sich nach den von dem Vater damit verbundenen Zwecken richten, sich dadurch die nötigen Unterlagen zur Ausübung seiner Personenfürsorge zu verschaffen.

Es werden dem Vater daher ganz andere und ganz erheblich zahlreichere Freiheiten im Verkehr mit den Kindern zugestanden werden müssen, als sie im allgemeinen dem geschiedenen, nichtsorgeberechtigten Gatten nach § 1636 gegeben werden. Es ist daran festzuhalten, daß auch jetzt noch bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern über die Fürsorgetätigkeit die Meinung des Vaters vorgeht, soweit nicht Bestimmungen des Vormundschaftsgerichts entgegenstehen.

---

139) JW. 1918/725.

II. ABSCHNITT.

Rechtslage, wenn die Eltern tatsächlich getrennt leben und die Kinder beim Vater geblieben sind.

Verbleiben die Kinder dem Vater, so werden seine Rechte und Pflichten bezüglich der Ausübung der elterlichen Gewalt nicht berührt. Es ist möglich, daß er gehalten ist, seine Sorge in verstärktem Maße den Kindern zuzuwenden, um ihnen die fehlende mütterliche Hand zu ersetzen. Aber auch die Mutter behält die ihr nach § 1634 zustehenden Rechte und Pflichten, für die Person der Kinder zu sorgen, da ein bloßes tatsächliches Getrenntleben der Eheleute im Gesetze nicht berücksichtigt ist [140]). Nach § 1634 hat zwar die Mutter neben dem Vater das Recht, für die Person der Kinder zu sorgen, doch geht bei Meinungsverschiedenheiten die Meinung des Vaters vor. Er entscheidet auch bei Getrenntleben über den Umfang ihres Sorgerechts. Auf keinen Fall hat daher die Mutter das Recht, auf Grund der §§ 1634, 1632, die Herausgabe der Kinder zu verlangen. Die bloße Tatsache des Verlassens gestattet dem Vater jedoch nicht, der Mutter deswegen in der Ausübung der Sorge Hindernisse in den Weg zu legen. Da sie die Pflicht hat, für die Person des Kindes zu sorgen, so muß sie auch verlangen können, Gelegenheit zur Erfüllung dieser Pflicht, nicht bloß zum Verkehr mit dem Kinde, zu erhalten. Nun entspricht aber der Pflicht der Mutter während der Ehe kein Recht gegenüber dem Vater. Den einzigen Ausweg aus diesem Dilemma bildet die Gewährung eines Anspruchs der Mutter auf eine ihrem Wirken Platz lassende Art der väterlichen Gewaltausübung gegen den die letztere kontrollierenden Staat. Der Vormundschaftsrichter hat dafür zu sorgen, daß der Vater sein Recht nur unter Berücksichtigung des Rechtes der Mutter ausübt. Ein

140) Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, IV, § 566, Abschn. 1; Knitschky, a. a. O., S. 156; OLG. 4/103; Wetzel, a. a. O., S. 128.

Einschreiten des lediglich Rechtsfragen entscheidenden Prozeßrichters muß hier, wo es sich um einen Kampf um die Macht handelt, als grundsätzlich ausgeschlossen gelten.

Die Handhabe zum Einschreiten bietet dem Vormundschaftsrichter § 1666. Freilich darf er nur eingreifen, soweit durch das Verhalten des Vaters zugleich die Interessen der Kinder verletzt werden, z. B. eine Entfremdung zwischen Mutter und Kind eintritt [141]). Deswegen kann die Mutter, nachdem das Vormundschaftsgericht ihr die Personensorge übertragen hat, gegen den Vater, der ihren Einfluß auf die Kinder planmäßig vereitelt, die Herausgabe der Kinder verlangen [142]). Über diesen Streit ist im Prozeßwege zu entscheiden. Das Gleiche gilt, wenn über das Recht der Sorge zwischen dem Vater und dem Kinde Streit besteht mit der Maßgabe, daß auf diesen Rechtsstreit die Sonderprozeßvorschriften der §§ 640 ff. ZPO. zur Anwendung kommen.

Eine andere Meinung, der hier nicht gefolgt werden kann, sucht diesen Schutz der Mutter auf dem Umwege einer analogen Anwendung des § 1354, II zu erreichen. Das tut das Reichsgericht [143]). Es erklärt, die Entscheidung des Mannes, auch hinsichtlich der Kinder, der Frau gegenüber für unverbindlich, sofern sie einen Mißbrauch seiner Rechte darstellt. Diese Meinung muß als irreführend bezeichnet werden. Die Beziehungen zwischen den Ehegatten werden mit denjenigen zwischen Eltern und Kindern verquickt. Das ist unzulässig [144]). Die Mutter steht dem Vater im Hinblick auf die elterliche Gewalt über ihre gemeinsamen Kinder viel gebundener gegenüber als die Ehefrau gegenüber ihrem Ehemann in Bezug auf Verfügungs-

---

141) SeuffArch. 64, Nr. 112; 69, Nr. 83; OLG. 24/225; Staudinger zu § 1634, Anm. A 1 b β; Wetzel, a. a. O., S. 128.

142) JW. 1911/572; RGRKomm. zu § 1632, 1.

143) RGE. 55/419.

144) Gimmerthal, a. a. O., S. 396; Hagemann, a. a. O., S. 405.

möglichkeit in ehelichen Angelegenheiten. Es war auch nicht die Absicht des Gesetzgebers, bei Lebzeiten des Vaters der Mutter einen solchen Einfluß einzuräumen.

Im übrigen wäre auch § 226 BGB. ein möglicher Weg, dem Sorgerecht der Mutter zu ihrem Rechte zu verhelfen. Als Beispiel sei folgender Fall genannt: der Vater bezweckt mit seinem Widerstand gegen die mütterlichen Rechte nur, sie zur Rückkehr zu ihm zu zwingen.

Am bedeutsamsten wird die Trennung in tatsächlicher Art für ein bisher noch nicht in die Erscheinung getretenes Recht der Eltern, nämlich dasjenige auf den persönlichen Verkehr des fern von Kindern lebenden Teils mit diesen. Im BGB. ist das durch den § 1636 nur für den Fall vorgesehen, daß die Ehe geschieden ist. Gleichwohl muß es dem sich fernhaltenden Gatten auch für die Trennung während bestehender Ehe zugebilligt werden. Das ist auch stets geschehen und geschieht heute allenthalben [145]). Die Regelung dieses Verkehrsrechts liegt in Streitfällen dem Vormundschaftsrichter ob; das Prozeßgericht hat über den Umfang dieser Befugnisse nicht zu befinden, da die Verkehrsbefugnis immer nur als Resultat einer entsprechenden Einschränkung der väterlichen Gewalt in Frage kommt.

Bestritten ist die rechtliche Natur dieses Verkehrsrechts. Bei einem Teil herrscht die Auffassung, es auf das Recht der Personenfürsorge zurückzuführen [146]). Gegenüber dieser viel zu

---

145) Ebenso Crome im Recht 1909, S. 44, jedoch mit anderer Begründung; Hagemann, a. a. O., S. 406; RGE. 69/96; SeuffArch. 64/112; 65, Nr. 191; Gimmerthal, a. a. O., S. 399; RJA. 10, S. 173; 15, S. 97; OLG. 24/40; 21/259; 31/76. KGJ. 51 A 26; BayOLG. 10, 353; 14, 476; OLG. 26, S. 269; 30, 77; 37, 243, 40/84, 85; unentschieden Enneccerus-Kipp-Wolff, Familienrecht, IV. Bd., § 83 zu Note 57, a. A.: Staudinger zu § 1635, 5; Josef in SeuffBl. 74, 121/23; Engelmann im Recht 1909, S. 563; OLG. 27/112, 113; Goldmann-Lilienthal, S. 264, Anm. 57.

146) Crome, Erziehung und Verkehr mit den Kindern bei tatsächlichem Getrenntleben der Ehegatten, im Recht 1909, S. 44; RGRKomm. zu § 1636, 1; KGJ.

engen Auffassung wird man mit Recht wohl nur darunter verstehen können, daß das Verkehrsrecht des von der persönlichen Fürsorge Ausgeschlossenen als aus dem Verwandtschaftsverhältnis stammend erklärt wird [147]). Es ist das Zusammentreffen zwischen Elternteil und Kind, der Zutritt zum Kinde zum Zwecke des Sichsehens und gegenseitiger Aussprache von Mund zu Mund, von Angesicht zu Angesicht, das sich aus den natürlichen Banden des Blutes zwischen Eltern und Kindern rechtfertigt. Die Lösung dieser Streitfrage hat insofern praktische Bedeutung, als im Fall einer Entscheidung für die letztgenannte Ansicht der § 1666 auf das fragliche Verkehrsrecht keine Anwendung finden kann, und es auch den natürlichen Eltern mit ihren durch Dritte an Kindesstatt angenommenen Kindern zustehen muß [148]).

So steht das Recht auf persönlichen Verkehr als weiteres selbständiges Recht, das aus dem Verwandtschaftsverhältnis stammt, neben der elterlichen Gewalt und der Unterhaltspflicht. Inhalt des Anspruchs ist die Befugnis des Elternteils, der sich von der Familiengemeinschaft fernhält, mit seinen Kindern zu verkehren und umgekehrt. Soweit der andere Elternteil die Personenfürsorge hat, wird er durch die Ausübung des Verkehrsrechts beschränkt. Der Ausschluß des § 1666 ist erwähnt. Ebensowenig können Einwendungen gegen dieses Recht hergeleitet werden, die zur Trennung der beiden Eltern geführt haben [149]). Für seine Anwendung ist zu berücksichtigen, daß es einmal der getrenntlebende Elternteil um seiner selbst willen hat, dem eine weitere Anteilnahme an seinen leiblichen Kindern

---

44 A. 23; Lohmann, a. a. O., S. 26/27; Wetzel, a. a. O., S. 127—129 und anscheinend auch RGE. 64/47 ff.; OLG. 11/294; 21/262; 9/458.

147) Staudinger zu § 1636, Ziff. 4; Opet-v. Blume zu § 1636, Ziff. 1; OLG. 24/25; RJA. 11/254; KGJ. 34/ A. 3; SeuffArch. 65, Nr. 191

148) SeuffArch. 72, Nr. 142; OLG. 24/27; OLG. 11/297; Staudinger zu § 1636, 6; KGJ. 41 A 11; RJA. 11/252; 12/3; Recht 1912, Nr. 2280.

149) RGRKomm. zu § 1634, Anm. 1.

nicht verwehrt werden darf, ferner, daß solcher Verkehr auch im Interesse des Kindes liegt, dessen seelisches Empfinden durch die Trennung von einem Elternteil ungünstig beeinflußt werden kann. Darum würde es bei der Ausübung in erster Linie auf das Wohl der Kinder ankommen, andererseits müssen von diesen auch kleine vorübergehende unschädliche Unbequemlichkeiten wegen der persönlichen Rechtsstellung des fernen Elternteils mit in Kauf genommen werden. Soweit die Interessen der Kinder überhaupt nicht berührt werden, ist dem fraglichen Rechte des andern Teils so weit Rechnung zu tragen, wie es nach billigem Ermessen gerechtfertigt erscheint.

Die Frage, wie das Verkehrsrecht verwirklicht wird, ob das Prozeß- oder Vormundschaftsgericht zuständig ist, findet ihre Beantwortung in einem späteren Abschnitt.

III. ABSCHNITT.

Rechtslage, wenn die Eltern tatsächlich getrennt leben, und dem Vater die Sorge für die Person der anderweitig untergebrachten Kinder entzogen ist.

Erheblich einfacher ist die Rechtslage, wenn dem Vater auf Grund des § 1666 durch das Vormundschaftsgericht Recht und Pflicht zur Fürsorge für die Person der Kinder in einzelnen Stücken oder im Ganzen entzogen sind. Mit Rücksicht auf die §§ 1680, 1684 Abs. I Ziff. 2 und 1698 erwirbt die Personenfürsorge, solange die Ehe besteht - und davon ist hier ausgegangen –, nicht etwa die Mutter, sondern es ist dem Kinde ein Pfleger zu bestellen (§ 1909).

Ein Vormund nur, wenn dem Vater die elterliche Gewalt in vollem Umfang entzogen wurde.

Soweit die Befugnisse des Pflegers reichen, ist der Vater ausgeschaltet. Die Stellung der Mutter bleibt die im § 1634 vorgesehene, nur daß an Stelle des Vaters der Pfleger tritt. Es steht

natürlich nichts im Wege, daß der Pfleger den Kindern ihren Aufenthalt bei der vom Vater getrennt lebenden Mutter zuweist und sie von ihr pflegen und erziehen läßt, wenn sich Hindernisse in der Person der Mutter nicht haben feststellen lassen.

Ein Doppeltes bleibt dem Vater, das durch diesen Wechsel in der Gewaltberechtigung nicht berührt wird. Das ist einmal seine Verpflichtung, den Kindern Unterhalt zu gewähren, soweit die Voraussetzungen der §§ 1601 ff. vorliegen. Regelmäßig wird der Unterhalt durch Zahlung einer Geldrente zu leisten sein, da es zu den äußersten Seltenheiten gehören wird, daß die Kinder den Haushalt des Vaters teilen. Rechtlich bleibt das Bestimmungsrecht des § 1612 II, 1 für den Pflichtigen bestehen, da es den Besitz der elterlichen Gewalt nicht voraussetzt [150]).

Diese Ansicht haben wir bereits bei Erörterung über die Unterhaltspflicht vertreten. Sie folgt nicht nur aus der Stellung, die der Unterhaltspflicht im II. Abschnitt des Familienrechts des BGB. eingeräumt ist, sondern auch aus der Erwägung, daß das streitige Bestimmungsrecht eine Erleichterung in der Unterhaltsgewährung sein soll und, daß sie den Pflichtigen in ihrer Eigenschaft als Eltern, d. h. nächsten Blutsverwandten, verliehen ist.

In diesem Zusammenhang soll auch noch auf den § 1666 II hingewiesen werden. Auf rechtzeitige und vollständige Erfüllung der Unterhaltspflichten zu achten, haben die zur persönlichen Sorge Verpflichteten, also die Mutter und der bestellte Pfleger.

Weiterhin muß dem Vater das Recht auf persönlichen Verkehr mit den Kindern verbleiben. § 1666 hat hierauf keinen Einfluß. Entsprechende Regelung im einzelnen ist auch hier Sache des Vormundschaftsgerichts. Natürlich werden die Grenzen viel enger zu ziehen sein als früher besprochen, da der Verkehr sich hier nur auf gegenseitiges Sehen und Aussprechen zwischen Kind und Vater beschränkt und nach der Rechtslage zu beschränken hat.

---

150) Staudinger zu § 1612, Anm. 2 b x; a. A. RGRKomm. zu § 1612, 2.

§ 7. Das Personensorgerecht nach Auflösung der Ehe: durch Scheidung.

I. ABSCHNITT.

Allgemeines.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch übt die Ehescheidung grundsätzlich auf das Verhältnis der geschiedenen Ehegatten zu ihren Kindern keinen Einfluß aus[151]). Die elterliche Gewalt wird an sich durch die Ehescheidung nicht berührt[152]). Nur in bezug auf die Sorge für die Person des Kindes hat das BGB. der Ehescheidung einen Einfluß eingeräumt. Nach § 1635 steht nämlich, wenn die Ehe aus einem der in den §§ 1565—1568 bestimmten Gründen geschieden ist und ein Ehegatte für schuldig erklärt worden ist (§ 1574, I), die persönliche Sorge nach der Ehescheidung nur dem nichtschuldigen Ehegatten zu.

Diesem Rechtszustand muß nach Ansicht von Mößmer[153]) abgeholfen werden. Denn die enge Verknüpfung des

151) Staudinger zu § 1635; RGRKomm. zu § 1635, 1; Josef in ZZP. 35/535.

152) Mößmer, a. a. O., XIII, 1, S. 73/74 hält diese gegenwärtige gesetzliche Regelung nicht mehr für zweckentsprechend. Er verlangt eine Regelung dahingehend, daß die Ehegatten schon vor Rechtskraft des Scheidungsurteils Vereinbarungen über die Rechtsfolgen der Scheidung treffen sollen, die sich u. a. auch auf etwaige Unterhaltsverpflichtungen und das Sorgerecht für die ehelichen Kinder beziehen. Mangels einer solchen Vereinbarung habe das Ehegericht I. Instanz in einem besonderen Verfahren die Rechtsfolgen in einer für beide Parteien verbindlichen Weise im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen zu regeln.

153) Mößmer, a. a. O., XIII, 1, S. 76/77.

Personensorgerechts mit dem Schuldausspruch als Grundsatz habe nicht so sehr das Interesse der Kinder, als vielmehr das der Ehegatten selbst im Auge. Mößmer befürwortet daher, daß der Schuldausspruch im Scheidungsurteil grundsätzlich ohne Einfluß auf die Übertragung des Personensorgerechts bleiben solle. Maßgebend müsse vielmehr sein, welcher von den beiden Ehegatten nach der Ansicht des Ehegerichts für die Pflege und Erziehung der Kinder geeigneter sei. Der Schuldausspruch habe nur dann von Bedeutung zu sein, wenn aus der Art des festgestellten Verschuldens sich die Ungeeignetheit des schuldigen Ehegatten zur Pflege und Erziehung der Kinder ergebe.

Auf die Stellung des unschuldigen Mannes hat die Scheidung keinerlei Einfluß, während die Mutter, wenn sie für allein schuldig erklärt ist, ihr Recht auf Teilnahme an der Sorge für die Person (§ 1634) verliert. Dem Vater steht die tatsächliche Fürsorge für die Person des Kindes allein und in vollem Umfange zu. Ist der Vater der allein schuldige Teil, so verliert er zwar das Recht der tatsächlichen Personensorge — die Personensorge fällt dann der Mutter zu, selbst wenn sie minderjährig ist —, die Vermögensverwaltung, Vertretung[154]) und Nutznießung am Kindesvermögen verbleiben ihm jedoch weiterhin.

Diesen Rechtszustand erachtet Mößmer[155]) als änderungsbedürftig. Nach seiner Ansicht besteht der Hauptmangel darin, daß nach dem BGB. die geschiedene Frau auch dann nicht zur Vertretung des Kindes berechtigt ist, wenn ihr das Personensorgerecht übertragen ist. Die verschiedenartigsten Maßnahmen, die mit der Ausübung des Sorgerechts für die Person in Verbindung stehen, vor allem Erziehungsmaßnahmen, die Unterbringung des Kindes, die Erteilung von Unterricht

154) Mot. IV/623.

155) Mößmer, a. a. O., XIII, 1, S. 75/76.

aller Art könnten nur dann reibungslos durchgeführt werden, wenn die Mutter auch gleichzeitig zur Vertretung des Kindes und damit zur Sorge für das Vermögen berechtigt sei. Daher müsse in Zukunft grundsätzlich mit dem Recht und der Pflicht der Personensorge auch das Recht und die Pflicht zur Sorge für das Vermögen und damit die Befugnis zur Vertretung des Kindes verbunden sein. Fordere das Interesse des Kindes ausnahmsweise eine andere Regelung, so könne das Gericht diesem Umstand im Einzelfall sehr wohl Rechnung tragen.

Sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so findet nach dem BGB. eine Verteilung der persönlichen Sorge dahin statt, daß die Mutter die Sorge für die Töchter und für die Söhne unter sechs Jahren, der Vater die Sorge für die Söhne über sechs Jahren erhält.

Ebenso ist die Sachlage, wenn die Ehe nach § 1348 II durch Wiederverheiratung eines Ehegatten im Falle der Todeserklärung des anderen aufgelöst wurde (§ 1637). Die Wirkungen der Ehescheidung treten auch dann ein, wenn nach § 1575 die eheliche Gemeinschaft durch Urteil aufgehoben ist (§ 1586).

Ausnahmsweise kann abweichend von der Vorschrift des § 1635 das Vormundschaftsgericht[156]), ohne daß die Voraussetzungen des § 1666 vorzuliegen brauchen, die Sorge auch einem an sich nach § 1635 I, 1 nicht sorgeberechtigten Ehegatten durch besondere Anordnung übertragen[157]). Um das Vormundschaftsgericht in den Stand zu setzen, von der ihm nach § 1635 I, 2 zustehenden Befugnis Gebrauch zu machen, schreibt

---

156) Nach Mößmer, a. a. O., XIII, 1, S. 68, hat in allen Ehesachen Entscheidung nur das Prozeßgericht zu treffen. Die Ehesachen sollen jedoch aus dem regelmäßigen Prozeßbetrieb der Zivilgerichte herausgenommen und einem besonderen Ehe- oder Familiengericht übertragen werden, das als Kollegialgericht tätig werden soll.

157) OLG. 31/406; KGJ. 31/A. 16; RGRKomm. zu § 1635, 2; Staudinger zu § 1635, 1 c.

§ 630 ZPO. vor, daß dem Vormundschaftsgericht nach Rechtskraft des Scheidungsurteils davon Mitteilung zu machen ist, wenn ein gemeinschaftliches minderjähriges Kind der Ehegatten vorhanden ist. Das Vormundschaftsgericht hat sodann, wenn Anlaß dazu vorliegt, nach § 12 FGG. die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten. Vor der Entscheidung soll das Vormundschaftsgericht den Elternteil, dem die Sorge für die Person des Kindes entzogen werden soll [158]), und, wenn es ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnismäßige Kosten geschehen kann, die Verwandten des Kindes hören (§ 1673).

Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 1635 I, 2 ist, daß die Ehe aus Verschulden eines oder beider Ehegatten geschieden ist. Die Scheidung tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein [159]). Das Vormundschaftsgericht darf nicht in eine Prüfung darüber eintreten, ob die Ehe mit Recht geschieden ist. Diese Befugnis steht ihm nicht zu; es ist an die Urteilswirkung gebunden und darf keinerlei Gegenbeweis gegen die Richtigkeit des Scheidungsurteils zulassen [160]).

II. ABSCHNITT.

Besondere Regelung des Sorgerechts durch das Vormundschaftsgericht.

Das Vormundschaftsgericht kann aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes nach vorheriger Anhörung des Jugendamtes (§ 43 JWG.) durch konstitutive Anordnung eine

158) BayOLG. 12/321.

159) Opet-v. Blume zu § 1635, 2 a; Staudinger zu § 1635, 5 a; Goldmann-Lilienthal, § 39, II, Anm. 8.

160) Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, § 5, 1, S. 34; ders., Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile, S. 97, 183, 184, 253; OLG. 16/10; 18/277.

andere Regelung treffen [161]). Ob „besondere Gründe" eine Abweichung rechtfertigen, hat das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu entscheiden [162]). Die besonderen Gründe können in der Person der Eltern oder in der Person des Kindes liegen [163]). Der Umstand allein, daß dem Kinde durch eine von § 1635 abweichende Regelung größere Annehmlichkeiten verschafft werden könnten, genügt nicht [164]). Die Anordnung muß im Interesse des Kindes geboten sein; vorausgesetzt wird also, daß die Anwendung der Regel des § 1635 I, 1 das Interesse des Kindes gefährden würde [165]). Ein Verschulden des fürsorgeberechtigten Elternteils wird zur Anwendung des § 1635 I, 2 nicht vorausgesetzt [166]). Ferner kann die dem Vormundschaftsgericht in § 1635, Abs. 1, S. 2 beigelegte Befugnis nicht durch Parteiabrede erweitert werden [167]).

Die Anordnung des Vormundschaftsgerichts kann nun dahingehen, daß die Sorge für die Person eines Kindes — in vollem oder beschränktem Umfange — demjenigen Ehegatten zustehen soll, welchem sie nach der Regel des § 1635 I, 1 nicht zukommen würde. Dagegen kann das Vormundschaftsgericht die Sorge nicht beiden Eltern entziehen und sie einem Dritten übertragen [168]), falls nicht etwa die allgemeinen Grundsätze des § 1666 hierzu Anlaß geben [169]). Mit dem Verfahren nach

---

161) Kisch, a. a. O., S. 147; Busch, a. a. O., S. 196; Josef in ZZP. 35/533; 40/292.

162) WarnE. 1911, Nr. 435; OLG. 18/277; BayOLG. 31/99; JW. 1935/1440[6]; JW. 1935/1893[98].

163) OLG. 9/457; 10/287; 11/292; 12/342; 16/225; 21/260; DJZ. 1904/413; ZBlFG. 2/736; 10/44.

164) SeuffArch. 67/153; OLG. 21/260.

165) BayOLG. 4/145; 11/558; 12/321; 19/A. 300; 20/A. 347; Staudinger zu § 1635 c α; OLG. 30/71; 21/260; siehe aber auch BayOLG. 29/18 und 31/226.

166) OLG. 31/402; BayOLG. 19/A. 318.

167) WarnE. 1925, Nr. 111; SeuffArch. 79/191; JW. 1925/2114.

168) KGJ. 42/29; Goldmann-Lilienthal, § 39, II.

169) Staudinger zu § 1635, 1 c β und die dort angegebene Literatur.

§ 1635 I, 2 geht fast regelmäßig ein sich mit dem andern Ehegatten beschäftigendes Verfahren nach § 1666 Hand in Hand [170]).

Die zwangsweise Verwirklichung des Rechtes des Elternteils, dem nach § 1635 I, 1 die Personensorge überwiesen ist, ist nicht Sache des Vormundschaftsgerichts; vielmehr ist der Anspruch auf Herausgabe (§ 1632) im Wege der Klage beim Prozeßgericht geltend zu machen [171]). In einem solchen Rechtsstreit kann trotzdem das Vormundschaftsgericht nach § 1635 I, 2 eine abweichende Anordnung treffen, wenn sie aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist. Der rechtsbegründende Charakter der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts muß das Verfahren vor dem Prozeßgericht beeinflussen. So ist eine Anordnung, durch die dem an sich zur Fürsorge berechtigten Elternteil das Recht der Sorge für die Person entzogen ist, für das Prozeßgericht bindend, selbst dann, wenn sie erst während des Rechtsstreites ergangen ist [172]). Die Klage auf Herausgabe (§§ 1632, 1635 I, 1) ist daher abzuweisen, wenn zur Zeit der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts besteht, welche dem Kläger die Personensorge entzogen hat [173]).

Das Recht des Klägers auf Herausgabe des Kindes fällt auch weg, wenn das Vormundschaftsgericht seine auf Grund des § 1635 I, 2 erlassene Anordnung wieder aufgehoben [174])

---

170) BayOLG. 18/86; KGJ. 46/A. 37; OLG. 31/407, 408.

171) KGJ. 29/A. 199; KGJ. 26/A. 185; OLG. 1/366; 2/450; 6/58; 16/225; RJA. 5/23; KGJ. 29/A. 200; Recht 1908, Nr. 1817; Recht 1906/378; Staudinger zu § 1632, 3; Planck zu § 1632, 4; Planck, § 1635, 1; Schlegelberger zu § 33 FGG. Vorbem.

172) RGE. 63/275 unter Billigung vom BayOLG. 7/113 und Mißbilligung von OLG. 3/426; OLG. 7/118; JW. 1907/6; 1910/113; OLG. 16/225; OLG. 17/267; 24/20; DJZ. 1904/413; SeuffArch. 71/101; SeuffArch. 65/365; Schlegelberger„ § 16, Note 10, FGG.; LZ. 1929/934; Schlegelberger zu § 12/ Note 16, FGG.

173) JW. 1921/175; Schlegelberger zu § 16, Note 10, FGG.

174) Dazu ist es verpflichtet, wenn sie nicht mehr erforderlich ist (§ 1635, I, 2, 2. Hälfte).

oder nach § 1666 oder § 1635 I, 2 die Personensorge dem beklagten Elternteil übertragen hat.

Ebenso hat das Prozeßgericht eine Anordnung zu berücksichtigen, die vom Vormundschaftsgericht nur vorläufig auf Grund des § 1635 I, 2 vor beendeter Sachprüfung getroffen ist [175]), wenn ein schnelles Eingreifen im Interesse des Kindes erforderlich ist. Bindend für das Prozeßgericht ist des weiteren eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts, durch die eine vom § 1635 I abweichende Anordnung abgelehnt worden ist [176]).

Der Umstand, daß beim Vormundschaftsgericht ein Verfahren nach § 1635 I, 2 anhängig ist, hindert nicht den Fortgang eines beim Prozeßgericht anhängigen Verfahrens auf Feststellung des Fürsorgerechts (§ 256 ZPO.) und Verurteilung zur Herausgabe des Kindes, ebenso wenig wie die Tatsache, daß beim Prozeßgericht ein bezügliches Verfahren schwebt, dem Vormundschaftsrichter die Möglichkeit nimmt, die von ihm zu lösende Frage zu entscheiden [177]). Selbst nach einer vom Prozeßgericht ergangenen rechtskräftigen Entscheidung ist der Fortgang eines vor dem Vormundschaftsgericht schwebenden Verfahrens möglich [178]).

Wird dem nach § 1635 I, 1 fürsorgeberechtigten Ehegatten nach der Scheidung die Sorge für die Person des Kindes nicht gemäß § 1635 I, 2 entzogen, sondern auf Grund des § 1666, so geht sie ohne weiteres auf den anderen Elternteil über, falls das Vormundschaftsgericht nicht auch diesem gegenüber eine

---

175) RJA. 11/85; JW. 1910/113; OLG. 16/6; 24/14; KGJ. 45/A. 32; BayOLG. 20/A. 315; WarnE. 1920, Nr. 47; ZBlFG. 6/32.

176) WarnE. 1920, Nr. 47.

177) SeuffBlätt. 76/773; Josef in ZZP. 43/381; Schlegelberger zu § 16, Note 10, FGG.

178) RGE. 63/279; Josef in ZZP. 35/534; Schlegelberger, § 16, Note 16, FGG.

gegenteilige Anordnung gemäß § 1666 für angezeigt erachtet [179]). In solchem Fall kann das Vormundschaftsgericht die auf Grund des § 1666 getroffenen Maßnahmen auch unbedenklich gegen den Willen der Beteiligten und ohne Rücksicht auf privatrechtliche Ansprüche Dritter durchführen, da die Anordnung nicht eine Privatrechtsstreitigkeit zwischen den Eltern betrifft, sondern auf staatlicher Fürsorge für die Person des Kindes beruht [180]). Das Vormundschaftsgericht kann daher je nach der Sachlage auch von demjenigen Gatten die Herausgabe des Kindes erzwingen, welcher seinerseits durch Zwangsvollstreckung das Kind erlangt hat.

Ist dem Vater die Personensorge auf Grund des § 1666 vor der Scheidung der Ehe entzogen, so erhält er sie nicht etwa nach der Scheidung gemäß § 1635 I, 1 zurück, sofern nicht Gründe vorliegen, jenen durch das Scheidungsurteil berührten Beschluß zu ändern [181]).

Das Prozeßgericht entscheidet also die Frage, welchem der Ehegatten die Sorge für die Person des Kindes zusteht, während die Entscheidung der Frage, welchem der Ehegatten die Personensorge zu übertragen ist, wer sie also auszuüben hat, lediglich Aufgabe des Vormundschaftsgerichts ist [182]).

---

179) RJA. 6/320; Recht 1908, Nr. 2339; KGJ. 46/A. 37; JurRdsch. 1926, Nr. 474; OLG. 26/280; BayOLG. 20/A. 48; RGE. 102/284; JW. 1924/465; Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch, IV. Bd., § 83, bei Note 38. A. A. Planck zu § 1635, 6; Sieveking, a. a. O., S. 107/8: gegen letzteren zutreffend Schmidt-Bardeleben, a. a. O., S. 994.

180) Schlegelberger zu § 33 FGG, Vorbem.; Nußbaum in ZZP. 29/454, 462; Dronke, a. a. O., S. 512; vgl. auch Boschan in ZBlFG., Bd. II/160; Schultheiß im ZBlFG., II/165; Schmeißer, a. a. O., § 6, 1 d, S. 21; HRR. 27/205.

181) OLG. 43/370, Fußnote 1 b.

182) So Staudinger zu § 1635, 1 c γ und die dort zahlreich angegebenen Entscheidungen.

So können geschiedene Eheleute, die darüber uneins sind, wem von ihnen die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes zusteht, richterliche Entscheidung durch Feststellungsklage herbeiführen [183]).

III. ABSCHNITT.

Das Verkehrsrecht des geschiedenen, nichtsorgeberechtigten Ehegatten.

A. Allgemeines.

Um dem von der Sorge ausgeschlossenen Ehegatten nicht völlig die Möglichkeit zu nehmen, seine natürlichen Blutsbande zu dem Kinde aufrechtzuerhalten und weiter zu pflegen, hat das Gesetz dieser auch für das Kind empfindlichen Härte Rechnung getragen [184]). Es hat dem nicht sorgeberechtigten Ehegatten die Befugnis gewährt, mit dem Kinde persönlich zu verkehren, um dadurch einer völligen Entfremdung zwischen ihm und dem Kinde vorzubeugen.

Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, dieses Verkehrsrecht im einzelnen durch Bestimmungen näher festzulegen. Er hat sich darauf beschränkt, zu bestimmen, daß der geschiedene Ehegatte das Recht und die Möglichkeit zum persönlichen Verkehre hat.

Die Bestimmung des § 1636 verleiht dem verkehrsberechtigten Ehegatten einen dem Privatrecht, und zwar dem Familienrecht angehörenden Anspruch auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde. Dieser Anspruch richtet sich gegen den sorgeberechtigten Ehegatten. Dagegen verleiht § 1636 keinen Anspruch gegen das Kind, da es nur Objekt des Verkehrsrechts ist.

---

183) WarnE. 1913, Nr. 375; Staudinger zu § 1635, 2 f.

184) RJA. 17/16; BayOLG. 15/445.

Ist ein Dritter mit der elterlichen Gewalt betraut, sei es, daß der an sich nach § 1635 sorgeberechtigte Ehegatte an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert ist, sei es, daß er die Ausübung der elterlichen Gewalt der dritten Person übertragen hat, so richtet sich der Anspruch des Verkehrsberechtigten gegen diesen Dritten.

B. Die vormundschaftsgerichtliche Regelung des Verkehrsrechts.

Für die Regelung der Ausübung des Verkehrsrechts ist das Vormundschaftsgericht berufen (§ 1636, S. 2). Die hierdurch festgesetzte Zuständigkeit ist eine ausschließliche [185]). Sie dient dem Zwecke, die Interessen der Ehegatten dem Gesetze entsprechend und in billiger Weise auszugleichen; gleichzeitig sind aber auch die Interessen des Kindes, das den Gegenstand des Verkehrs bildet, zu berücksichtigen [186]). Vor allem hat das Vormundschaftsgericht dem Umstand Rechnung zu tragen, daß durch die Ausübung des Verkehrs das Kindeswohl nicht gefährdet wird. Sollte es der Fall sein, so hat es, um diesen Gefahren vorzubeugen, entsprechende Schutzmaßregeln zu treffen [187]).

Auf Antrag eines der Ehegatten muß das Vormundschaftsgericht eingreifen. Es ist nicht erforderlich, daß bereits Meinungsverschiedenheiten unter den Beteiligten entstanden sind, denn es soll nicht nur bestehende Streitigkeiten beseitigen, sondern auch zukünftigen vorbeugen. Dagegen hat das Vormundschaftsgericht weder Recht noch Pflicht, von Amtswegen

185) Staudinger zu § 1636, 2; RGE. 63/238; KGJ. 44/A. 21; SeuffArch. 70, Nr. 42.

186) OLG. 21/262; OLG. 12/323; RJA. 3/3; 5/225.

187) Staudinger zu § 1636, 2a; Mößmer, a. a. O., XIII, 1, S. 78, stellt in diesem Falle die Forderung auf, das Verkehrsrecht ganz auszuschließen, wenn es im Interesse des Kindes liege, was aber nach den Bestimmungen des BGB. unzulässig ist.

einzugreifen. Soweit jedoch im Interesse des Kindes eine Regelung geboten erscheint, hat das Vormundschaftsgericht von Amtswegen tätig zu werden. Das ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Weitere Voraussetzung für das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts ist, daß ein Verkehrsrecht nach § 1636, S. 1 überhaupt besteht. Ob es gegeben ist (§§ 1636, 1635), hat das Vormundschaftsgericht vor seinem Einschreiten zu prüfen. Dazu ist erforderlich, daß das Scheidungsurteil oder ein Beschluß des Vormundschaftsgerichts, durch welchen die Personensorge abweichend von der allgemeinen Vorschrift geregelt ist, vorgelegt wird. Beide Unterlagen wird sich das Vormundschaftsgericht leicht durch Beiziehung der betreffenden Akten verschaffen können.

Das Verfahren bei der Regelung des Verkehrs beurteilt sich nach den Vorschriften des Verfahrens vor den Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Von Amtswegen sind alle Ermittlungen anzustellen, die das Gericht für erforderlich hält. Erachtet das Vormundschaftsgericht die Voraussetzungen für sein Einschreiten für nicht gegeben, so ist der Antrag abzulehnen bzw. das von Amtswegen eingeleitete Verfahren einzustellen.

C. Zuständigkeit des Prozeßgerichts und des Vormundschaftsgerichts bezüglich des Verkehrsrechts.

Bei Untersuchung dieser Frage ist zu unterscheiden,

1) die Klagbarkeit des Anspruchs des verkehrsberechtigten Ehegatten auf Zulassung zum Verkehre
   a) gegenüber dem anderen Ehegatten,
   b) gegenüber den Verkehr hindernde dritte Personen.
2) Die Berechtigung des sorgeberechtigten geschiedenen Ehegatten im Prozeßwege seine Rechte aus § 1636 gegen den verkehrsberechtigten Ehegatten geltend zu machen.

1) a) Der dem verkehrsberechtigten Ehegatten nach § 1636 gegen den anderen Ehegatten zustehende Anspruch ist ein auf Erfüllung gerichteter Leistungsanspruch. Als solcher ist er an sich im Wege der Klage vor dem Prozeßgerichte zu verfolgen.

So verneint denn auch die in der Rechtslehre herrschende Ansicht die ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für die Durchführung des Anspruchs des verkehrsberechtigten Ehegatten gegen den anderen Ehegatten. Einige erklären sogar das Vormundschaftsgericht überhaupt nicht für befugt, neben der Schaffung der den Verkehr regelnden Norm bei Streitigkeiten der Ehegatten auch noch für die Durchführung des Verkehrsrechts zu sorgen[188]). Die große Mehrzahl gesteht zwar dem Vormundschaftsgericht diese Befugnis zu, gewährt aber daneben noch dem verkehrsberechtigten Ehegatten die Möglichkeit, den sein Recht verletzenden sorgeberechtigten Ehegatten, gleichviel ob eine Anordnung nach § 1636, S. 2 ergangen ist oder nicht, zur Gestattung des Verkehrs mit dem Kinde und zur Befolgung der vom Vormundschaftsgerichte getroffenen Anordnungen im Wege der Klage anzuhalten[189]).

Demgegenüber entscheidet die Praxis zwischen Streitigkeiten über die Ausübung und den Umfang des Verkehrsrechts und solchen darüber, ob ein Verkehrsrecht überhaupt gegeben ist. Für Streitigkeiten der ersteren Art hat sich jetzt in der Praxis auf Grund der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Ansicht durchgesetzt, daß zu ihrer Erledigung allein das Vormundschaftsgericht unter Ausschluß des Rechtsweges zuständig

---

188) Schultheiß, Der deutsche Vormundschaftsrichter, S. 255.

189) Hedemann im Recht 1907, S. 96; Josef in ZBlFG., Bd. 7/853; Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch, IV. Bd., § 83, II, 3; Planck zu § 1636, 2; Staudinger zu § 1636, 3; Recht 1904, 336; Goldmann-Lilienthal, Familienrecht zu S. 270.

sei [190]). Dasselbe müsse gelten, wenn der Verkehr durch Vertrag näher geregelt sei und der Vormundschaftsrichter auf Anrufen eines Beteiligten oder von Amtswegen in diese Regelung eingreift [191]). Dagegen wird für Streitigkeiten über das Bestehen des Verkehrsrechts als solchen von einigen die ausschließliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts behauptet [192]).

Zunächst können Streitigkeiten über die Ausübung und den Umfang des Verkehrsrechts nur im Regelungsverfahren durch das Vormundschaftsgericht unter Ausschluß des Rechtsweges ausgetragen werden. § 1636, S. 2 begründet ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts. Das ist in Literatur und Praxis anerkannt [193]).

Ebensowenig wie Streitigkeiten über die Ausübung und den Umfang des Verkehrs vor dem Prozeßgericht zu verfolgen sind, ebensowenig darf dem verkehrsberechtigten Ehegatten die Befugnis zustehen, eine Streitigkeit darüber, ob ihm überhaupt ein Verkehrsrecht zusteht, vor das Prozeßgericht zu bringen. Auch für Streitigkeiten über das Bestehen eines Verkehrsrechts muß das Vormundschaftsgericht zuständig sein, und zwar aus folgenden Gründen.

190) RGE. 63/236; 69/94; 100/178; 141/320, wo Entscheidung getroffen ist über einen Streit zwischen dem sorgeberechtigten Vater, der das gemeinschaftliche Kind mit ins Ausland nehmen will, und der Mutter, deren Verkehrsrecht durch die Mitnahme des Kindes in tatsächlicher wie in rechtlicher Beziehung derart stark beeinträchtigt wird, daß diese Beeinträchtigung einer Unmöglichkeit der tatsächlichen und der rechtlichen Durchsetzung des Verkehrsrechts gleichkommt; KGJ. 36/A. 6; 37/A. 18; 44/20; 39/A. 3; OLG. 11/296; 21/263 30/71; 24/40; 21/258; SeuffArch. 65/191; 64/230; RJA. 10/100; Gimmerthal, a. a. O., S. 398; Crome, Erziehung und Verkehr im Recht, 1909, S. 43 ff.; Nußbaum, a. a. O., S. 440.

191) WarnE. 1925/204.

192) OLG. 11/296; 21/263; SeuffArch. 9/191; KGJ. 44/20; OLG. 26/27; 27/112; Engelmann, Die Zuständigkeit für die Regelung des Verkehrs zwischen Eltern und Kind bei bestehender Ehe in Recht 1909, S. 563.

193) Vgl. hierzu besonders: Josef, Zur Abgrenzung der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts von der des Prozeßgerichts im ZBlFG. 7/853; Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch, IV. Bd., § 83, II, 4.

Die Frage, ob ein Verkehrsrecht besteht, ist von der Vorfrage abhängig, ob ein rechtskräftiges Scheidungsurteil oder eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts vorliegt, durch die dem Verkehrsberechtigten abweichend von der Vorschrift des § 1635 die Sorge für die Person des Kindes entzogen ist.

Das Vormundschaftsgericht braucht nur zu prüfen, ob die angegebenen gerichtlichen Entscheidungen ergangen sind. Ob sie zu Recht ergangen sind, darauf erstreckt sich sein Prüfungsrecht nicht. Das Vormundschaftsgericht ist im übrigen auch durchaus in der Lage, die Feststellung zu treffen, ob ein formell rechtskräftiges Scheidungsurteil oder eine die Sorge für die Person regelnde Anordnung vorliegt. Tatsächlich ist das Vormundschaftsgericht auch genötigt, das Bestehen des Verkehrsrechts nachzuprüfen, wenn es zu einer Regelung der Ausübung des Verkehrs nach § 1636, S. 2 schreiten soll. Denn das Bestehen des Verkehrsrechts ist eine der Voraussetzungen, an deren Vorliegen das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts gebunden ist. Das Vormundschaftsgericht muß also auch zuständig sein, Streitigkeiten zwischen den Ehegatten über das Bestehen des Verkehrsrechts im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden. Nach Satz 2 von § 1636 soll das Vormundschaftsgericht zur Durchführung des Verkehrs dafür Sorge tragen, daß der verkehrsberechtigte Elternteil seine Befugnisse ausüben kann. Zu diesem Zweck muß es ihm die Hindernisse aus dem Wege räumen, welche seinem Verkehrsrecht im Wege stehen [194]). Dazu ist es nach Maßgabe der landesrechtlichen Vollstreckungsvorschriften in der Lage. Eine Beschreitung des Klageweges ist nicht erforderlich und den Beteiligten nicht freigestellt [195]).

194) Josef in ZBlFG. 7/856.

195) RGE. 63/236; 69/94; KGJ. 36/A. 6; 37/A. 18; RJA. 1/26; Nußbaum in ZZP. 29/464; Josef in ZBlFG. 7/856, 857; Planck zu § 1636, 3d; Lohmann, a. a. O., S. 51; a. A. Staudinger zu § 1636, 3; OLG. 11/296; Recht 1904/336.

Um Vollstreckungsmaßnahmen treffen zu können, muß es auch imstande sein, Streitigkeiten über das Bestehen des Verkehrsrechts durch eine bindende Entscheidung aus der Welt zu schaffen. Diese Entscheidung bildet dann die Grundlage für eine spätere Regelung des Verkehrs im einzelnen. Es müßte als höchst unpraktisch bezeichnet werden, wenn man immer erst auf den Ausgang eines langwierigen Prozesses warten müßte, um alsdann das Vormundschaftsgericht einschreiten zu lassen.

Danach ist der Streit folgendermaßen zu entscheiden: Zuständig bei Streitigkeiten über das Verkehrsrecht, mag die Ehe noch bei Bestand oder schon geschieden sein, mag es sich um das Bestehen des Verkehrsrechts überhaupt oder nur um die Regelung der Art und Weise der Ausübung des persönlichen Verkehrs handeln, ist allein das Vormundschaftsgericht [196]). Der Verkehr würde sich dann unter der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts abspielen, das es verstehen muß, durch richtige Bemessung und Auswahl von Zeit und Ort, sowie gegebenenfalls durch Zuziehung dritter Personen es so zu gestalten, daß auch hier die in vereinzelten Fällen möglichen schadenbringenden Wirkungen für das Kind ausgeschlossen sind [197]). Das Recht auf Verkehr mit dem Kinde (§ 1636) ist höchstpersönlicher Natur. Es kann weder auf einen Dritten übertragen noch durch einen Dritten ausgeübt werden [198]). Auch wenn die Voraussetzungen des § 1666 vorliegen, kann das Recht des persönlichen Verkehrs aus § 1636 nicht gänzlich entzogen werden [199]).

b) Gegenüber dem Dritten, der ihn vom Verkehr mit dem Kinde ausschließt, kann der Verkehrsberechtigte seine Rechte

196) Lohmann, a. a. O., S. 55, 61 ff.

197) RGRKomm. zu § 1636, Anm. 2; KGJ. 34/A. 23; OLG. 23/403; OLG. 33/357; KGJ. 48, A, 5; Fuld in GruchBeitr. 38/647.

198) KGJ. 49/A. 28.

199) KGJ. 30/A. 38; 41/A. 11; OLG. 11/297; a. A. Mößmer, a. a. O., XIII, 1, S. 78.

aus § 1636 nur im Wege der Klage bei den ordentlichen Gerichten geltend machen. Für Ansprüche, die die Beseitigung der dem Verkehre widerrechtlich entgegengestellten Hindernisse betreffen, und für solche auf Unterlassung zukünftiger Störungen in der Ausübung des Verkehrs, ist die Hilfe des Vormundschaftsgerichts nicht gegeben. Auch fehlt es an der Möglichkeit, die vom Vormundschaftsgericht getroffene Verkehrsregelung mit den Zwangsmitteln der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegen dritte Störer durchzusetzen. Die ihrem Charakter nach privatrechtlichen Ansprüche gegen dritte Personen, die den Verkehr hindern, kann der Verkehrsberechtigte daher nur im Klagewege verfolgen [200]).

2) Der sorgeberechtigte, geschiedene Ehegatte hat gegen den Verkehrberechtigten keinen Anspruch auf Ausübung des Verkehrs mit dem Kinde. Er hat nach § 1636 auch keinen „Anspruch" darauf, daß der verkehrsberechtigte Ehegatte den Verkehr in der dem Gesetz entsprechenden Weise ausübe. § 1636 begründet nur ein Recht, nicht eine Pflicht des Verkehrs mit dem Kinde. Eine solche Pflicht besteht auch dann nicht, wenn der Verkehr durch das Vormundschaftsgericht näher geregelt ist. Das Vormundschaftsgericht kann daher nicht mit Ordnungsstrafen einschreiten, um einen Verkehr des nichtsorgeberechtigten Ehegatten mit dem Kinde zu erzwingen [201]). Auch kann es das Recht zum Verkehre nicht gänzlich aufheben, wenn der verkehrsberechtigte Ehegatte von seiner Befugnis keinen Gebrauch macht.

D. Kostentragungspflicht nach § 1636.

Die Frage, wer die Kosten und Aufwendungen des Verkehrs zu tragen hat, ist eine rein privatrechtliche. Sie trägt derjenige Ehegatte, welcher von der Befugnis des persönlichen

200) Opet-v. Blume, Kommentar, Familienrecht zu § 1936, 4.
201) Recht 1914, Nr. 1698; Staudinger zu § 1636, 1; a. A. OLG. 33/358.

Verkehrs Gebrauch macht und in dessen Interesse der sorgeberechtigte Elternteil tätig wird, soweit sie nicht als Kosten des Unterhalts dem anderen Ehegatten zur Last fallen [202]). Zuständig für die Entscheidung über die Kostenpflicht ist das Prozeßgericht, nicht das Vormundschaftsgericht, denn die Entscheidung über die Kostenfrage gehört nicht mehr zur Regelung des persönlichen Verkehrs nach § 1636 [203]). Das Vormundschaftsgericht ist nur berechtigt, die Kosten und Aufwendungen zum Gegenstand einer vorläufigen Regelung zu machen, ohne jedoch mit dieser Anordnung die Frage zu entscheiden, wer materiell die Kosten und Aufwendungen endgültig zu tragen hat. Diese Entscheidung kann nur durch das Prozeßgericht getroffen werden.

202) Recht 1909, Nr. 1329; DJZ. 1904/80.

203) OLG. 11/296.

204) Recht 1907, Nr. 1771; 1909, Nr. 1321; RJA. 5/74; 8/89; OLG. 18/278.

§ 8. Verhältnis der während des schwebenden Ehestreits in Bezug auf die rechtlichen Beziehungen zwischen den streitenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Kindern gemäß § 627 ZPO. getroffenen einstweiligen Verfügungen zu einschlägigen Anordnungen des Vormundschaftsgerichts.

Während des Scheidungsverfahrens kann das Prozeßgericht durch einstweilige Verfügung gemäß § 627 ZPO. eine Regelung in Bezug auf das Sorgerecht über die gemeinschaftlichen Kinder treffen.

Was zunächst die einschlägigen Befugnisse des Prozeßgerichts anlangt, so ist hervorzuheben, daß ihm eine Ausnahmebefugnis eingeräumt ist, nämlich die, ohne Rücksicht auf die materielle Lage das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern durch einstweilige Verfügung zu regeln, während die Ordnung der Beziehungen zwischen Eltern und gemeinschaftlichen minderjährigen Kindern sich sonst nur innerhalb des vom BGB. vorgeschriebenen Rahmens vollziehen darf. Voraussetzung für den Erlaß der einstweiligen Verfügung ist aber, daß der Rechtsstreit die Scheidung [205]), Nichtigkeit oder Anfechtung der Ehe betrifft und sich in dem in Abs. II von § 627 ZPO. bezeichneten Stadium befindet, ferner, daß der Erlaß der Verfügung von einer der Parteien beantragt ist. Zulässig sind nun — abgesehen von den ausdrücklich ausgeschlossenen Angelegenheiten betr. die gesetzliche Vertretung — Maßnahmen jeder Art, die sich auf die Sorge für die Person des Kindes beziehen (§§ 1631, 1632). So

205) Der Scheidungsklage steht die Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gleich (§ 1575).

können im Rahmen des § 627 ZPO. Anordnungen getroffen werden, die bestimmen, wem unter den Eltern Recht und Pflicht der Sorge für die Person der Kinder zusteht [206]), und wer diesen unterhaltspflichtig ist.

Was die Regelung der Unterhaltspflicht der Ehegatten den Kindern gegenüber im Verhältnisse der Ehegatten zueinander betrifft, so wird meist bestimmt werden, daß der Ehegatte, welchem die Sorge für die Person der Kinder nicht zusteht, dem anderen gewisse Beiträge zu zahlen hat. Dabei ist das Ermessen des Eherichters nicht beschränkt. Insbesondere ist er nicht an den Grundsatz des § 1606 II gebunden, wonach der Vater vor der Mutter haftet; er ist vielmehr in der Lage, wenn er das nach den beiderseitigen Vermögensverhältnissen für angemessen erachtet, der Mutter einen größeren Teil der Unterhaltspflicht als dem Vater aufzuerlegen [207]). Soweit allerdings der Unterhalt der Kinder den dazu nicht verpflichteten Elternteil betrifft, kann es späterhin zu Ersatzansprüchen gegen den Pflichtigen führen.

Das Kind erlangt durch die Anordnung des Prozeßgerichts keinen vollstreckbaren Titel gegen den Elternteil, der für unterhaltspflichtig erklärt wird. Ein Antrag, welcher darauf abzielte, der Verfügung auch im Verhältnisse zwischen den Eltern und den Kindern rechtliche Wirkungen beizulegen, wurde abgelehnt [208]). Das Kind muß daher, wenn ein Elternteil der ihm obliegenden Unterhaltspflicht nicht nachkommt, Klage erheben. Diese Klage ist nach Maßgabe der in den §§ 1601 ff. für die Unterhaltspflicht gegebenen Bestimmungen zu begründen, unabhängig von der etwa abweichend davon auf Grund des § 627 erlassenen Anordnung [209]).

---

206) Seuffert-Walsmann zu § 627, ZPO., 2c; Busch, a. a. O., S. 197.

207) SeuffBlätt. 75/468.

208) Prot. z. BGB., VI/680, 681; Förster-Kann zu § 627, ZPO., 3d; Stein-Jonas zu § 627, ZPO., III, 4; Busch, a. a. O., S. 199.

209) RGE. 47/S. 379, 386; RGE. 49/155; Busch, a. a. O., S. 199.

Weiterhin kann durch einstweilige Verfügung nach § 627 ZPO. der einen Partei die Herausgabe des Kindes an die andere oder an einen Dritten, z. B. an eine Pflegeanstalt aufgegeben werden. Auch kann bestimmt werden, in welcher Weise sich der Verkehr zwischen dem nicht zur Sorge für die Person berechtigten Elternteil mit dem Kind abspielen soll.

Der durch einstweilige Verfügung mit der Sorge für die Person betraute Elternteil übt die sich aus ihr ergebenden Rechte und Pflichten aus, als wenn sie ihm kraft Gesetzes zuständen, auch gegenüber dem Vater, dessen Befugnisse so lange ausgeschaltet sind [210]). Das Prozeßgericht ist in diesem Falle befugt, die Herausgabe des Kindes an den berechtigten Elternteil anzuordnen [211]). Die Herausgabe selber wird im Wege der Vollziehung der einstweiligen Verfügung nach Maßgabe der §§ 928, 883 ZPO. erzwungen [212]). Ist einem Elternteil die Sorge für die Person eines Kindes für die Dauer des Ehescheidungsstreits durch einstweilige Verfügung gemäß § 627 ZPO. übertragen, und befindet sich das Kind in seinem Besitz, so ist die Vorenthaltung des Kindes keine widerrechtliche im Sinne des § 1632 und daher eine vom anderen Ehegatten während des Ehescheidungsprozesses erhobene Klage auf Herausgabe des Kindes unbegründet [213]). Eine andere Beurteilung ist dann wieder geboten, wenn es sich um eine in dem Verfahren auf Herausgabe des Kindes erlassene einstweilige Verfügung handelt, durch die einem Elternteil auf Grund des § 940 ZPO. zur Regelung eines einstweiligen Zustandes bis zum Erlaß des Urteils über den Herausgabeanspruch gestattet worden ist, das Kind bei sich zu behalten. In diesem Falle wäre dem Klageverlangen aus § 1632 stattzugeben.

Verzichtet die Ehefrau im Widerspruchsverfahren (§§ 924, 936 ZPO.) auf die ihr durch einstweilige Verfügung gemäß

210) OLG. 17/347; RJA. 5/23.

211) Busch, a. a. O., S. 197; Mot. IV/S. 638.

212) Dronke, a. a. O., S. 519.

213) Warneyer, E., 1908/69; 16/53.

§ 627 ZPO. übertragene Sorge für die Person des Kindes, so ist dies als Rücknahme des Antrages auf Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung anzusehen. Damit verliert die einstweilige Verfügung ihre Kraft, und die Sorge für die Person des Kindes fällt an den Ehemann und Vater zurück [214]).

Die Beantwortung der Frage, welcher Inhalt der Verfügung nach § 627 ZPO. zu geben ist, würde davon abhängen,

1) was die Interessen des Kindes erfordern [215]),
2) wie am schnellsten und besten eine möglichst reibungslose Ordnung erzielt wird,
3) welchen Ausgang der Prozeß erwarten läßt, und wie der gesetzliche Normalzustand gemäß § 1635 ist [216]).

Wenn auch ihrer Natur nach die Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts nur als vorübergehende gedacht sind, so sollen sie doch nach Möglichkeit, um tiefgreifende Veränderungen im Leben der Kinder zu vermeiden, schon auf die künftige Gestaltung zugeschnitten werden [217]). Durch eine weitere einstweilige Verfügung kann das Prozeßgericht die zuerst getroffene Anordnung ändern. So kann eine einstweilige Verfügung, die die Sorge für die Person der Kinder einem der Ehegatten übertragen hatte, aufgehoben und eine neue Verfügung erlassen werden, die die Sorge für die Person der Kinder dem anderen Ehegatten überträgt [218]).

Von jeder Maßnahme des Prozeßgerichts ist dem Vormundschaftsgericht Mitteilung zu machen (§ 627 III ZPO.). Diese Maßnahme verfolgt den Zweck, das Vormundschaftsgericht

214) JW. 1920/155.

215) Warneyer, E., 13/426; Gimmerthal, a. a. O., S. 404/5.

216) JW. 1905/437, Nr. 17; SeuffArch. 62/Nr. 325; Seuffert-Waismann zu § 627, ZPO., 2c; Sydow-Busch zu § 627, 6; Busch, a. a. O., S. 197; OLG. 35/173.

217) Gimmerthal, a. a. O., S. 405.

218) Seuffert-Walsmann zu § 627, ZPO., 2c; GruchBeitr. 43/1244.

von der in Ansehung der minderjährigen Kinder getroffenen Regelung in Kenntnis zu setzen und ihm gleichzeitig Gelegenheit zu geben, weitere Verfügungen im Interesse des Kindes zu erlassen [219]). An welches Gericht die Mitteilung zu richten ist, ergibt § 43 in Verbindung mit § 36 I, II FGG. § 627 III ZPO. enthält aber keine Vorschriften darüber, was das Vormundschaftsgericht nun auf die Mitteilung des Ehestreitgerichts zu tun hat. Das bemißt sich lediglich nach den sonst für das Vormundschaftsgericht geltenden Bestimmungen.

Die Befugnis und Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts, die im Interesse der Kinder erforderlichen Maßnahmen innerhalb der vom bürgerlichen Recht gezogenen Schranken zu treffen, wird auch durch eine landgerichtliche Anordnung nicht berührt. Der Vormundschaftsrichter kann auch in diesem Fall, auf Grund seiner umfassenderen Kompetenz, jederzeit im Interesse des Kindes neue Anordnungen gemäß § 1666 treffen [220]).

Beide Verfahren, das Interimistikum des § 627 ZPO. und das Recht des Vormundschaftsgerichts, auf der Grundlage der §§ 1665—1667, 1670, 1671 vorzugehen, können nebeneinander hergehen, wenn auch auf verschiedener Grundlage und mit verschiedenen Wirkungen [221]).

Prozeßgericht und Vormundschaftsgericht sind selbständig nebeneinander zur Entscheidung berufen. Das Prozeßgericht entscheidet deklaratorisch [222]) nach Maßgabe der ein für allemal feststehenden Norm. Das Vormundschaftsgericht trifft konstitutiv [223]) eine aus besonderen Gründen von der gesetzlichen

---

219) Hagemann, a. a. O., S. 412; Josef in ZZP., Bd. 35, S. 533; Förster-Kann zu § 627, ZPO., 3 c bb α; Stein-Jonas zu § 627 V.

220) Schlegelberger zu § 12, Note 16, FGG.

221) OLG. 7/75.

222) Deklaratorisch sind diejenigen Entscheidungen, welche auf Grund einer bestimmten Gesetzesvorschrift ein bestimmtes Rechtsverhältnis feststellen.

223) Konstitutiv sind diejenigen Entscheidungen, welche das an und für sich bestehende Rechtsverhältnis aus besonderen Gründen umgestalten und an die Stelle

Vorschrift abweichende Anordnung. Die Tatsache, daß vor dem Prozeßgericht ein das Recht der Sorge für die Person der Kinder betreffendes Verfahren schwebt, schließt infolge der Verschiedenheit der zu entscheidenden Fragen den Beginn oder die Fortsetzung eines solchen Verfahrens vor dem Vormundschaftsgericht ebensowenig aus, wie umgekehrt ein von dem Vormundschaftsgericht eingeleitetes Verfahren einem gleichzeitigen Rechtsstreit vor dem Prozeßgericht im Wege steht. Darüber, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anordnung einer Maßnahme aus § 1666 vorliegen, und ob Maßnahmen zur Abwendung der für das geistige oder leibliche Wohl des Kindes bestehenden Gefahr erforderlich sind, entscheidet das Vormundschaftsgericht jederzeit nach freiem Ermessen. Die Zulässigkeit einer derartigen Maßregel wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß in einem Rechtsstreit zwischen den Eltern hinsichtlich der Sorge für die Person der Kinder bereits eine einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts nach § 627 ZPO. vorliegt. Das Prozeßgericht kann nur für die Dauer des Ehescheidungsprozesses, d. h. für alle Instanzen bis zur rechtskräftigen Entscheidung sowie, was selbstverständlich ist, für eine kürzere Zeit [224]) Anordnungen treffen, dies aber ohne Bindung an die §§ 1627 ff., während das Vormundschaftsgericht in seiner Fürsorge zwar durch die genannten Vorschriften (§§ 1665 ff.) beschränkt ist, dafür aber zeitlich unbegrenzt wirken kann [225]). Da es somit in Übereinstimmung mit dem Gesetz dauernde Ordnung schaffen will, kann es auch gegen die einstweilige Verfügung des Prozeß-

---

des regelmäßigen Rechtsverhältnisses ein neues setzen. Zu Anm. 217 u. 218 Hellwig, a. a. O., S. 487/488.

224) Seuffert-Walsmann zu § 627a — d/ZPO.; Sydow-Busch zu § 627, 3, ZPO.; Baumbach zu § 627, 4, ZPO.; Figge, a. a. O., S. 1080, stellt die Forderung auf, einstweilige Verfügungen aus § 627 ZPO. der Anfechtung zu entziehen, um die Oberlandesgerichte in ihrer Tätigkeit zu entlasten.

225) Schlegelberger zu § 12, Note 16, FGG.

gerichts und über sie hinaus seine Anordnungen treffen [226]). So ziehen abweichende Anordnungen des Vormundschaftsgerichts die Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach sich. Selbst eine vom Prozeßgericht erlassene rechtskräftige Entscheidung kann den Fortgang des Verfahrens vor dem Vormundschaftsgericht nicht ausschließen [227]). Das Vormundschaftsgericht hat völlig freie Hand bezüglich der erforderlichen Maßregeln, kann also auch die Sorgepflicht beiden Eltern entziehen, da es nur das Interesse des Kindes im Auge zu behalten hat, wobei die Inquisitionsmaxime gilt (§ 12 FGG.) [228]). Diese Befugnisse stehen in Übereinstimmung mit den Motiven [229]) daher dem Vormundschaftsgericht auch gegenüber demjenigen Elternteil zu, dem im Wege einstweiliger Verfügung die Sorge für die Person der Kinder überwiesen ist [230]). Gegebenenfalls kann das Vormundschaftsgericht auch die Wiederherausgabe des Kindes anordnen und dieser Anordnung, weil sie sich auf staatliche Fürsorge für das Kind gründet, durch die Zwangsregeln der Art. 15, 17 Pr. FGG. zur Durchführung bringen [231]).

Nicht zu folgen ist der Auffassung des Kammergerichts, daß der Vormundschaftsrichter verpflichtet sei, unter allen Umständen eine definitive Regelung der Sorge für die Person der Kinder zu treffen [232]). Diese Ansicht ist mit dem Wesen der vormundschaftsgerichtlichen Tätigkeit durchaus nicht in Einklang zu bringen. Wie in der Praxis anerkannt wird, kann vielmehr der Vormundschaftsrichter die nach den §§ 1666, 1636 S. 2

---

226) Josef in ZZP., Bd. 35, S. 534; Busch, a. a. O., S. 198.

227) Wedermann, a. a. O., S. 5.

228) RGE. 63/279; Josef in ZZP., Bd. 40/292; Recht 1907, S. 1468, Nr. 3670; Lent, a. a. O., § 9, S. 10/12.

229) Zu § 1462, Entw. I, BGB., S. 347.

230) Busch, a. a. O., S. 196 ff.; ZBlFG. 4/132; Mot. IV/638; RGE. 63/275; KGJ. 26/A. 185; RJA. 3/223; Josef, ZZP., 35, 533.

231) Busch, a. a. O., S. 199; Nußbaum in ZZP., Bd. 29, S. 457.

232) OLG. 21/257; Josef in ZZP., Bd. 43/379.

statthaften Maßnahmen auch vorübergehend, insbesondere auch für die Zeit des Eheprozesses treffen [233]).

Die Anordnung des Vormundschaftsgerichts, auch die vorläufige, ist sofort mit der Bekanntmachung wirksam. Sie ist für das Prozeßgericht bindend und steht dem vom Vater gegen die Mutter oder gegen einen Dritten erhobenen Anspruch auf Herausgabe (§ 1632) des Kindes entgegen. Ohne weitere Sachprüfung muß daher die Klage abgewiesen werden, da dem Vater die Legitimation zur Klage entzogen ist [234]).

Wieweit die einstweilige Verfügung durch den Beschluß des Vormundschaftsgerichts außer Kraft gesetzt wird, muß in ihm unzweideutig zum Ausdruck gebracht werden [235]). Die Gefahr, daß der Vormundschaftsrichter Anordnungen des Ehegerichts durchkreuzt, ist danach freilich gegeben. Das Bedenken ist aber praktisch nicht allzu erheblich, weil die Voraussetzungen, unter denen das Vormundschaftsgericht nach § 1666 eingreifen darf, wesentlich engere sind als die des § 627 ZPO. [236]). Wie aber, wenn die Sorge für die Person der Kinder bereits durch das Vormundschaftsgericht gemäß § 1666 geregelt und die Sorge dem Vater entzogen ist, der Eherichter trotzdem aber um Erlaß einer einstweiligen Verfügung gemäß § 627 ZPO. angegangen wird? Hier fehlt es an der Voraussetzung, die § 627 ZPO.

---

233) OLG. 1/327 a; OLG. 24/25; KGJ. 37/A. 17; JW. 1910/113, Nr. 17; ZBlFG. 6/32; RJA. 11/85.

234) BayrRpfl. 1906, S. 163, III; RGE. 63/279; OLG. 16/225; d α; OLG. 17/267 β; ZBlFG. 8/499, Nr. 502; Josef in ZZP., Bd. 40/292.

235) RGRKomm. zu § 1634, 1; OLG. 27/113.

236) Dronke, a. a. O., S. 513; Josef in ZZP., Bd. 35, S. 534; ders. 40/292; ders. 43/377; Unger in ZZP., Bd. 41/197; Busch, a. a. O., S. 197; RGE. 63/279; KG. OLG. (1. Senat) 24/25; KGJ. 44/A. 18; a. A. KG. OLG. (3. Senat) 21/257: Das Vormundschaftsgericht hatte Unterbringung bei der Mutter, das Ehestreitgericht Unterbringung beim Vater angeordnet. Beide Gerichte seien zuständig; welche Entscheidung vorgehe, lasse sich grundsätzlich nicht entscheiden, womit auf eine Lösung des Konfliktsfalles überhaupt verzichtet wurde.

für die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung des Prozeßgerichts aufstellt. Das Prozeßgericht kann hier keine Anordnungen mehr treffen, denn es liegt bereits ein geregelter Zustand vor, dessen Änderung die Beteiligten nur durch die in der freiwilligen Gerichtsbarkeit zulässigen Rechtsmittel erreichen können. Das Prozeßgericht ist nicht berufen, Anordnungen des Vormundschaftsgerichts zu beseitigen. Der Eherichter hat sich somit des Eingreifens zu enthalten, wenn für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung kein Bedürfnis vorliegt [237]).

Das Vormundschaftsgericht wiederum darf nur Maßnahmen treffen, wenn die Voraussetzungen des § 1666 gegeben sind, nämlich Gefahren abzuwenden, die dem Wohle des Kindes zufolge schuldhaften Verhaltens des Vaters drohen. Liegen diese nicht vor, so ist es nicht berechtigt, an Stelle des Ehegerichts eine einstweilige Verfügung nach § 627 ZPO. über die Überlassung der Kinder an einen der Ehegatten bis zur rechtskräftigen Erledigung des Scheidungsprozesses zu treffen [238]); auch hat es nicht die Befugnis, die im § 627 I bezeichneten Verfügungen abzuändern oder vollstrecken zu lassen [239]). Zu einer Anordnung aus § 1635 Abs. I S. 2 ist das Vormundschaftsgericht während des Scheidungsprozesses ebenfalls nicht befugt [240]).

Was die anzuwendenden Verfahrensgrundsätze anlangt, so unterscheiden sich beide Verfahrensarten wesentlich dadurch, daß der Vormundschaftsrichter auf Grund erschöpfender Ermittlungen, der Prozeßrichter dagegen auf Grund des von den

---

237) RGE. 63/279; OLG. 1/327; Schlegelberger, FFG., § 12, Note 17; Josef in ZZP., Bd. 35, S. 534; Stein-Jonas zu § 627, 3, ZPO.; ZBlFG. 14/232.

238) Schlegelberger zu § 16, Note 10, 2 a, FFG.; RJA. 11, 8; Förster-Kann zu § 627, 3 c bb β, ZPO.; KGJ. 44/A. 17 .

239) Dronke, a. a. O., S. 510.

240) OLG. 30/76; OLG. 14/10 g; Bay. OLG., 22, A. 99, dagegen hält Landsberg (a. a. O., S. 402) eine entsprechende Anwendung der Vorschrift während des Scheidungsprozesses für zulässig.

Parteien geltend gemachten Materials zu entscheiden hat. Während ferner der Vormundschaftsrichter die ihm angemessen erscheinenden Anordnungen treffen kann, ist der Prozeßrichter an die Anträge der Parteien gebunden [241]); er kann z. B. nicht die Unterbringung des Kindes bei einem Dritten verfügen, wenn beide Ehegatten beantragen, ihnen das Kind zu überweisen. Einer der beiden Parteien muß das Kind überwiesen werden [242]).

Dagegen gleichen sich beide Verfahrensarten insoweit, als für die zu treffende Entscheidung in erster Linie das Interesse des Kindes maßgebend ist. Für das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht bedarf das nicht der Darlegung. Aber auch im Verfahren vor dem Prozeßgericht gilt nichts anderes. Im RG. vom 12. Juni 1913 in GruchBeitr. 58, 209 wird es als ein Grundsatz reichsgerichtlicher Rechtsprechung bezeichnet, daß, „wo auch immer die Art und Weise des Verkehrs zwischen den Eltern und dem Kinde den Gegenstand einer staatlichen Regelung bildet, dabei die Rücksicht auf das Wohl des Kindes in erster Linie ausschlaggebende Bedeutung hat“ [243]).

Zu den die Sorge um die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten gehört auch der Verkehr des nichtsorgeberechtigten Elternteils mit dem Kinde. Auch in dieser Beziehung ist wieder in erster Linie das Vormundschaftsgericht zuständig. Die Vorschrift des § 1636 Satz 2, wonach das Vormundschaftsgericht diesen Verkehr näher zu regeln hat, bezieht sich allerdings ihrem Wortlaut nach nur auf die Fälle, daß die Ehegatten gemäß § 1565 bis 1568 rechtskräftig geschieden sind. Zweifellos fällt aber nach dem Sinn und Zweck des § 627 ZPO. auch die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Kindern

241) OLG. 27/113; Wedermann, a. a. O., S. 5.

242) SeuffArch. 65, Nr. 191.

243) Ebenso OLG. 23/199; A. A. OLG. 21/257; welches in erster Linie das Interesse der Parteien und nur „daneben“ das des Kindes berücksichtigen will; ähnlich OLG. 27/113; OLG. 14/250; JW. 1905/437[17]; SeuffArch. 62, 411.

und dem nichtsorgeberechtigten Elternteile während des Eheprozesses unter diesen Paragraphen [244]).

Die Praxis hält die Bestimmung auch für anwendbar, wenn es sich um Kinder von Ehegatten handelt, die, ohne geschieden zu sein, nur tatsächlich getrennt leben [245]).

Somit können Prozeßgericht gemäß § 627 ZPO. und der Vormundschaftsrichter gemäß § 1636 Satz 2 in einem und demselben Falle in die Lage kommen, zur Regelung des Verkehrs mit dem Kinde einschreiten zu müssen.

Eine Mittelmeinung vertritt das Reichsgericht. Es will den Fall der Verkehrsregelung so behandelt wissen, daß der Eherichter nur über den Verkehr mit dem Kinde „im allgemeinen" zu entscheiden habe, während es die Regelung des Verkehrs „im einzelnen" der ausschließlichen Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts überweist [246]).

Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden, und zwar aus folgenden Gründen: Die Verkehrsregelung betrifft, wie schon ausgeführt wurde, mit die Sorge für die Person des Kindes. Da alle zur Personensorge gehörenden Angelegenheiten - abgesehen von der ausdrücklich ausgeschlossenen Angelegenheit betreffend die gesetzliche Vertretung — unter § 627 ZPO. fallen, so muß auch das Ehestreitgericht berechtigt sein, die Regelung des Verkehrs zum Gegenstand einer einstweiligen Verfügung zu machen. Die Aussonderung der Regelung „des Verkehrs im allgemeinen" aus dem durch einstweilige Verfügung zu ordnenden Gebiet ist im übrigen auch ein ganz unvollziehbarer

---

244) Hagemann, a. a. O., S. 413.

245) Gegen die analoge Anwendung des § 1636, Satz 2: Crome im Recht von 1909, S. 44; Engelmann im Recht 1909, S. 563.

246) DJZ. 14/1116; RGE. 69/97; GruchBeitr. 58/209; Recht 1927, Nr. 2908; KGJ. (Senat 1 a) 39/A. 3; 44/A. 17; OLG. 21/87; OLG. 24/25; OLG. 27/113; SeuffArch. 65, Nr. 191; Seuffert-Walsmann zu § 627, ZPO., 2 c; Baumbach zu § 627, ZPO., 7.

Gedanke. Eine dem Eherichter verbleibende Verkehrsregelung „im allgemeinen" ist undenkbar. Das Recht auf den Verkehr ergibt sich aus dem Gesetz (§1636 S. 1); somit können nur Maßnahmen zur Durchsetzung dieses Rechts in Betracht kommen. Das Argument des Reichsgerichts[247]) ist, daß der Streit über die Verkehrsregelung, soweit er nicht das Bestehen des Verkehrsrechts als solches, sondern das dabei zu beobachtende Verhalten der Beteiligten betreffe, zur Erledigung in einem Verfahren mit Parteibetrieb nicht geeignet sei.

Dieses Argument beweist jedoch nichts[248]). Es wäre besser, sämtliche Angelegenheiten betreffend die Person des Kindes dem Verfahren mit Offizialbetrieb zu überweisen. Der Gesetzgeber hat sie nun aber gleichwohl in § 627 I dem Parteiverfahren zugewiesen. Es kann somit kein Bedenken gegen die hier vertretene Ansicht hergeleitet werden. Der Ehestreitrichter muß zuständig sein, durch einstweilige Verfügung eine Verkehrsregelung auch im einzelnen vorzunehmen, soweit nicht schon der Vormundschaftsrichter den Fall ausreichend geregelt hat[249]). Ist letzteres der Fall, so hat er sich allerdings jeder weiteren Einmischung zu enthalten.

---

247) GruchBeitr. 58/209.

248) Förster-Kann zu § 627, 3c, bb α; Stein-Jonas zu § 627, III, 3.

249) So im Endergebnis auch OLG. 27/112; Josef, SeuffBlätt. 74/121; Engelmann im Recht 1909, S. 563.

§ 9. Das Personensorgerecht nach Auflösung der Ehe,

I. ABSCHNITT:

durch Tod.

Beim Tode eines Ehegatten entfaltet sich die volle elterliche Gewalt für den überlebenden Gatten. So kommt die auf Grund des § 1635 eingetretene Regelung der Sorge für die Person der Kinder in Wegfall. Es wird so angesehen, als wäre die Ehe erst durch den Tod des Ehegatten aufgelöst worden [250]).

Stirbt also die Frau, so steht die gesamte Sorge für die Person der Kinder dem Manne zu; stirbt der Mann, so geht die volle elterliche Gewalt auf die Frau über, selbst wenn die Ehe aus ihrem alleinigen Verschulden geschieden ist. Sie ist nun die alleinige selbständige Gewaltinhaberin (§ 1684 I 1). Selbstverständlich behält das Vormundschaftsgericht die Befugnis, nach Maßgabe des § 1666 I dem überlebenden Ehegatten die Sorge für die Person des Kindes zu entziehen [251]).

Hat sich dagegen die geschiedene Frau v o r dem Tode des Mannes wieder verheiratet, so erhält sie n a c h dem Tode des Mannes nicht die volle elterliche Gewalt, sondern nur die Sorge für die Person des Kindes im Umfang des § 1697 [252]).

Das elterliche Gewaltverhältnis nach Scheidung der Ehe auf Grund von Geisteskrankheit (§ 1569) bestimmt sich nach den

---

250) RGE. 62/289.

251) P l a n c k zu § 1635, 2; F i s c h e r - H e n l e zu § 1635, 4; A c h i l l e s - G r e i f f zu § 1635, 3; D e r n b u r g, Deutsches Familienrecht, § 74, Anm. 17; RGE. 102/284.

252) RGE. 62/288.

Vorschriften über das Ruhen der elterlichen Gewalt[253]). Bei Geisteskrankheit der Mutter übt der Vater die elterliche Gewalt allein aus. Ist dagegen der Vater geisteskrank, so bedarf es erst eines an das Vormundschaftsgericht zu richtenden Antrages der Mutter auf Übertragung der elterlichen Gewalt auf ihre Person. Stellt die Mutter keinen Antrag auf Übertragung, so wird gemäß § 1773 ein Vormund für das Kind bestellt.

Dagegen erwirbt die Mutter nach der Scheidung ohne Übertragung die volle elterliche Gewalt über das Kind bei Verwirkung derselben durch den Vater (§ 1684 Abs. I Ziff. 2). Hat die Mutter bei Verwirkung der elterlichen Gewalt durch den Vater während bestehender Ehe nur einen spärlichen Gewaltanteil gemäß § 1698, so hat sie im gleichen Fall nach der Scheidung die volle elterliche Gewalt.

II. ABSCHNITT:

durch Todeserklärung.

Ist der Vater für tot erklärt, so endigt seine Gewalt in dem Augenblick, der als vermutlicher Zeitpunkt seines Todes in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteil angegeben ist (§ 1679 I). Erweist sich die Todeserklärung als unrichtig, so erlangt der Vater durch Erklärung gegenüber dem Vormundschaftsgericht die Gewalt zurück (§ 1679, Abs. 2). Unterläßt er diese Erklärung, so verbleibt die volle elterliche Gewalt weiterhin der Mutter. Zu bemerken ist, daß beim Tode des Vaters so wie bei dem durch die Todeserklärung angegebenen Zeitpunkt die Gewalt der Mutter von selber einsetzt.

Durch die Todeserklärung der Mutter wird die elterliche Gewalt des Vaters nicht berührt, ebenso auch nicht durch Wiederverheiratung des Vaters.

---

253) RGR.-Komm. zu § 1635, 1.

§ 10. Schlußwort.

Wir haben im Verlaufe der Ausführungen gesehen, daß bei Streitigkeiten über die Ausübung der elterlichen Gewalt, vor allem bei Verwirklichung des Herausgabeanspruchs des Sorgeberechtigten eine Schwierigkeit vorliegt, die einer einfachen und schnellen Durchführung im Wege steht: die wechselnde Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts und des Prozeßgerichts. Drei Verfahren vor verschiedenen Gerichten können vollkommen selbständig nebeneinander stattfinden: Das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht aus § 1666, das vor dem Prozeßgericht aus § 1632 und das Verfahren gem. § 627 ZPO. In sämtlichen drei Verfahren können Anordnungen getroffen werden, die dem Gebiete der tatsächlichen Sorge für die Person des Kindes angehören. Die Folgen dieses selbständigen Nebeneinander zeigt Friedemann-Braun an einem Beispiel [254]). Auf die Klage des Vaters auf Herausgabe seines dreijährigen Kindes, das sich bei der Mutter befindet, wird letztere verurteilt, es dem Vater herauszugeben. Der Vater nimmt das Kind zu sich auf. Im Ehescheidungsprozeß erwirkt die Mutter den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, durch welche ihr das Kind für die Dauer des Ehescheidungsprozesses zugesprochen wird; sie vollstreckt den Beschluß mit Hilfe des Gerichtsvollziehers, das Kind befindet sich also wiederum in den Händen der Mutter. Auf den Widerspruch des Vaters hebt das Ehegericht die einstweilige Verfügung auf, worauf sich der Vater gewaltsam in den Besitz des Kindes setzt. Das Kammergericht erläßt endlich die

254) Friedemann-Braun, a. a. O., S. 1129.

einstweilige Verfügung zu Gunsten der Mutter, die daraufhin ihrerseits das Kind dem Vater wieder fortnimmt. Ein drittes Mal ist die Mutter im Besitz des Kindes! Nunmehr beantragt der Vater beim Vormundschaftsgericht, der Mutter das Sorgerecht zu entziehen. Das geschieht auch. Demnächst hebt das Kammergericht seine einstweilige Verfügung durch Versäumnisurteil auf. Nun kommt das Kind zum Vater.

Dieser Tatbestand hätte sich noch weiter komplizieren lassen, wenn beispielsweise auch das Vormundschaftsgericht seinerseits nur eine einstweilige Anordnung getroffen hätte.

Das Beispiel zeigt, wie sich bei einem Nebeneinander mehrerer Verfahren vor verschiedenen Gerichten das Schicksal des Kindes, um dessen Herausgabe gestritten wird, gestaltet. Daß einem solchen Übelstand abgeholfen werden muß, ist dringend erforderlich. Um das zu erreichen, muß die Forderung aufgestellt werden, daß für sämtliche Entscheidungen, die dem Gebiete der tatsächlichen Sorge für die Person des Kindes angehören, nur ein Gericht zuständig sein darf. Und dieses kann nur das Vormundschaftsgericht sein. Es ist in der Lage, im Offizialverfahren ohne Anwaltszwang schnell die sachdienliche Entscheidung zu treffen. Auch für die Entscheidung über den Herausgabeanspruch aus § 1632 müßte also das Vormundschaftsgericht zuständig sein, und dem Ehegericht müßte die ihm in § 627 ZPO. zugestandene Befugnis, wegen der Sorge für die Person der Kinder Anordnungen zu treffen, genommen werden. Die gesetzlichen Änderungen, die hierfür erforderlich wären, wären nur geringfügiger Art[255]): Streichung der Worte „wegen" bis „treffen" in § 627 ZPO., Bestimmung ausschließlicher Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für den Herausgabeanspruch der Eltern aus § 1632 und reichsgesetzliche Geltung des Art. 17 PrFGG.

---

255) Friedemann-Braun, a. a. O., S. 1130.

Auf diese Weise wäre ein klarer, einfacher und der Sachlage angemessener Rechtszustand hergestellt, der stets eine einfache und schnelle Durchführung des Streites um die Herausgabe eines Kindes gewährleisten würde. Gleichzeitig würde eine solche Regelung auch für das Kind nur förderlich sein, denn es bliebe in Zukunft vor einem ihm schädlichen Hin- und Hergeworfenwerden bewahrt.

LITERATUR-VERZEICHNIS.

Achilles-Greiff: Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch. 13. Aufl. Berlin und Leipzig 1930.

v. Amira: Grundriß des germanischen Rechts. 3. Aufl. 1913.

André: Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder. Rede gehalten beim Antritt des Rektorats am 15. Oktober 1905. Marburg. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung 1905.

Baumbach: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. 10. Aufl. München und Berlin 1935.

Boschan: Ist in Preußen das Vormundschaftsgericht befugt, unter gewissen Voraussetzungen gegen den Inhaber der elterlichen Gewalt mit Ordnungsstrafen vorzugehen im ZBlFG., Bd. II, S. 160.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten. Bd. III, 2. Aufl. Erlangen 1886.

Brunner: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 8. Aufl., bearb. v. Cl. Schwerin.

Brüggemann, Erich: Die tatsächliche Verhinderung des Vaters an der Ausübung der elterlichen Gewalt. Tübingen, Diss. 1932.

Buchardi: Das gemeinrechtliche Erziehungsrecht. ArchzivPr., Bd. 8, S. 176 ff.

Buengner: Zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht. Leipzig 1879.

Busch: Aus den Grenzgebieten der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit in der Festgabe für Richard Koch. Berlin 1903. Verlag von Otto Liebmann. S. 179—204.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. IV. Bd. Tübingen 1908.

— Grundzüge des römischen Privatrechts. Bonn 1920.

— Erziehung und Verkehr mit den Kindern bei tatsächlichem Getrenntleben der Ehegatten in Recht 1909, S. 43 ff.

Danziger: Verträge zwischen Eltern über die Sorge für die Person ihrer Kinder nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipz. Diss. 1908.

Dernburg: Pandekten, III. Bd., Familien- und Erbrecht, 6. Aufl., 1901.

— Deutsches Familienrecht. 4. Aufl. Halle 1908.

Dronke: Einstweilige Verfügung nach § 627 ZPO.: Inhalt und Vollziehung. Sorge für die Person eines Kindes und Anspruch auf seine Herausgabe. Freiwillige und streitige Gerichtsbarkeit in ZZP. Bd. 29, S. 510.

Eck: Die elterliche Gewalt im BGB. Ihr Inhalt und ihre Zuständigkeit in ArchbürgR. Bd. 41, S. 1 ff.

Eck, Clara: Die elterliche Gewalt im Bürgerlichen Gesetzbuch nach Inhalt und Zuständigkeit. Breslauer Diss. 1914.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. Bd., 2. Abt. Familienrecht. Berlin 1908.

Engelmann: Die Zuständigkeit für die Regelung des Verkehrs zwischen Eltern und Kind bei bestehender Ehe im Recht 1909, S. 563 ff.

— Familienrecht, IV. Bd., 2 Aufl. München 1905.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. IV. Bd. Das Familienrecht. Marburg 1931.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Amtliche Ausgabe. Berlin u. Leipzig 1888.

Ewald: Unterhaltsgewährung durch Raumüberlassung in LZ. 1928, S. 474/75.

Figge: Einstweilige Verfügungen in Ehesachen nach § 627 in DJZ. 31, S. 1080.

Fischer-v. Henle: BGB., 14. Aufl. München 1932.

Förster-Kann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. II. Bd., 3. Aufl. Berlin 1914.

Friedemann-Braun: Der Streit der Eltern um die Herausgabe des Kindes in DJZ. 1911, S. 1126.

Fuld: Der Staat und die elterliche Gewalt in GruchBeitr. Bd. 38, S. 640 ff.

Gimmerthal, Max: Zur väterlichen Gewalt des bürgerlichen Gesetzbuches im ArchivzivPr., Bd. 104, S. 388 ff.

Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, ein Kommentar, Bd. II. Erlangen 1800.

Goldmann-Lilienthal-Sternberg: Das Bürgerliche Gesetzbuch. III. Bd. Familienrecht. Berlin 1921.

Hagemann, Karl: Personenfürsorge und Unterhalt minderjähriger Kinder bei Trennung der Eltern während bestehender Ehe im ZBlFG. 1922, S. 401 ff.

Heckel, Hans: Die elterliche Gewalt und die Mutter. Breslauer Diss. 1927.

Hedemann: Zuständigkeit im Streit um Kinder im Recht 1907, S. 96—99.

Hellwig: System des Deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. I. Leipzig 1912.

Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 5. Aufl. Leipzig 1931.

Jhering: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 2, Leipzig 1878.

Jörs: Geschichte und System des römischen Privatrechts. Berlin 1927.

Josef: Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kind während bestehender Ehe in J. A. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, von 1909, S. 121—125.

— Die Entbehrlichkeit der Änderung der elterlichen Unterhaltsbestimmung

(§ 1612, Abs. 2, S. 2) und die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach Beendigung der Vormundschaft in ZBlFG., Bd. 17, S. 281 ff.

— Rechtsprechung und Rechtslehre in der Frage über die wechselseitige Einwirkung von Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufeinander in ZZP., Bd. 35, S. 530; Bd. 40, S. 285—320; 43/365 ff.

— Zur Abgrenzung der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts von der des Prozeßgerichts in ZBl.FG., 7. Bd., S. 853 ff.

Karlowa: Römische Rechtsgeschichte. Bd. 2. Leipzig 1901.

Kienle, Otto: Bedeutung und Grenzen der elterlichen Gewalt der Mutter. Tübinger Diss. 1932.

Kisch: Beiträge zur Urteilslehre, 1903.

Kleifeld: Die Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber seinen minderjährigen ehelichen Kindern, mit besonderer Berücksichtigung auf den Fall, daß dem Vater die Sorge für die Person des Kindes entzogen ist. Rostocker Diss. 1903.

Knitschky: Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.

Kraut: Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. Bd. 2. Göttingen 1847.

Kübler: Lesebuch des Römischen Rechts. 3. Aufl. Erlangen-Leipzig 1925.

— Geschichte des Römischen Rechts. Leipzig-Erlangen 1925.

Kuttner: Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses. München 1914.

— Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile. München 1908.

Landsberg: Entscheidungen des preußischen Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus den letzten zwei Jahren in DJZ. 1915, S. 402—407.

Lang: Personen-, Familien- und Vormundschaftsrecht. Ellwangen 1871.

Lange: Das Recht des Vaters auf Herausgabe des Kindes (§ 1632 BGB.) und seine Durchführung. Berliner Dissertation. 1928.

Lent: Freiwillige Gerichtsbarkeit. Berlin 1925.

Lohmann: Das Recht des geschiedenen, nicht fürsorgeberechtigten Ehegatten zum Verkehr mit seinen Kindern und seine Durchführung (§ 1636 BGB.) in: GruchBeitr. Bd. 61, S. 22—65.

Mitteis: Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des Kaiserreichs. Leipzig, Teubner 1891.

Mößmer: Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechtes. Vorschlag, vorgelegt von dem Vorsitzenden des Familienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, in Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Berlin 1936.

Motive: zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. IV, Familienrecht, Amtliche Ausgabe 1888.

Munk: Die elterliche Gewalt und ihre Reform in JW. 1925, S. 309.

Nußbaum: Richterliche Zwangsgewalt in der freiwilligen Gerichtsbarkeit i. Ztschr f. Deutschen Zivilprozeß. Bd. 29, S. 440 ff.

Opet: Das Verwandtschaftsrecht im BGB. Berlin 1899.

Opet-v. Blume: Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1906.

Planck: Kommentar zum BGB. IV. Bd. Familienrecht. Berlin 1906.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs-Justizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn, Bd. VI, Berlin 1899.

Reerink: Beiträge zur Lehre von der gesetzlichen Unterhaltspflicht der Verwandten und Ehegatten nach dem deutschen Rechte in GruchBeitr. 56, S. 709.

Reichsgerichtsräte-Kommentar. IV. Bd. Familienrecht. 8. Aufl. Berlin und Leipzig 1935.

Riß: Erziehungsrecht und Vertretungsmacht in Jur. Rundsch. 1926, S. 119.

Ritter: Zur Rechtswohlfahrt des Notbedarfs in GruchBeitr. 46, S. 43 ff.

Roth: System des Deutschen Privatrechts. 2. Teil. Familienrecht. Tübingen 1881.

Rudolph: Verhältnis der Eltern in der Unterhaltspflicht gegen ihre Kinder in DJZ. 1912, S. 688.

Sarwey: Über das Recht zur Erziehung der Kinder bei getrennter Ehe in ArchzivPr. Bd. 31, S. 440 ff.

Schlegelberger: Die Gesetze über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit für das Reich und Preußen. Erster Band (§§ 1—124). Vierte, vollständig neubearbeitete Auflage des Kommentars von Schulte-Görlitz und Oberneck. Berlin 1934.

Schmeißer: Vormundschaftswesen VII in dem Sammelwerk „Die Gerichtspraxis". 2. Aufl. Berlin 1929.

Schmidt-Bardeleben: Steht die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes, wenn sie dem einen geschiedenen Ehegatten nach § 1666 BGB. entzogen ist, dem andern Ehegatten zu i. Recht 1906, S. 994—996.

Schneider: Beschlußverfahren und Rechtskraft in privatrechtlichen streitigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in ZZP. Bd. 29, S. 96 ff.

Schröder-v. Künsberg: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 7. Aufl. Berlin und Leipzig 1932.

Schultheis: Einfluß der Entziehung des Personensorgerechts des nach § 1635 Abs. 1 berechtigten auf das Sorgerecht des anderen Ehegatten im ZBlFG. Bd. 7, S. 876 ff.

— Über die Zulässigkeit von Ordnungsstrafen des Vormundschaftsgerichts gegenüber dem elterlichen Gewalthaber in ZBlFG. Bd. 2, S. 165—170.

Schultheiß: Der deutsche Vormundschaftsrichter.

Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. II. Bd. 12. Aufl. München 1933.

Sieveking: Geht bei geschiedenen Ehen die Sorge für die Person der Kinder, wenn sie dem einen Ehegatten entzogen ist, auf den andern Ehegatten, der seine elterliche Gewalt nicht verwirkt hat, von selbst über i. Recht 1906, S. 107/108.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz 4. Aufl. Stuttgart 1929.

Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen des römischen Rechts. 17. Aufl. München und Leipzig 1928.

Staudinger: Kommentar zum BGB. IV. Bd. Familienrecht. 2. Teil, erläut. von Engelmann und Keidel. München, Berlin und Leipzig 1926.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. II. Bd., 14. Aufl. Tübingen 1929.

Stobbe: Handbuch des Deutschen Privatrechts, bearbeitet von Lehmann. Bd. IV, 3. Aufl. Berlin 1900.

Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 21. Aufl. Berlin und Leipzig 1935.

Unger: Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarbeit nach Reichsrecht in ZZP. Bd. 41, S. 143.

Waitz: Über die Bedeutung des Mundium im deutschen Recht, Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1886.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl., II. Bd. Tübingen 1930.

Wedermann, Konrad: Die Eigenart des Vormundschaftsgerichts in Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern. 24. Jg., 1928, Nr. 1, S. 1—5 (Seuff. Blätt. f. Rechtsanwendung Bd. 91).

Wetzel: Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft in ArchbürgR. Bd. 26, S. 54 ff.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt 1906.